"TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ"

Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi
Ortak Projesi

ADİL YARGILANMA HAKKI EĞİTİM MODÜLÜ

Hazırlayanlar

Ivana Roagna
(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Giriş)

• • •

Marcel Lemonde
(Adil Yargılanma Hakkı: Süjeler Arasındaki İlişki)

• • •

Prof. Dr. Hamide Zafer
(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzdaki Yeri)
(Adil Yargılanma Hakkı: İddianame)

• • •

Doç.Dr.Hakan Karakehya
(Adil Yargılanma Hakkı: Duruşma)

• • •

Yrd.Doç.Dr. Mehmet Maden
(Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi)

Bu eğitim modülü, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi başlıklı, Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi/ Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi Ortak Programı kapsamında yayımlanmıştır. T.C. Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi ve Türkiye Barolar Birliği bu projenin yararlanıcısıdır. Merkezi Finans ve İhale Birimi bu projenin ihale makamıdır. Modülün içeriği hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin resmi görüşlerini yansıtmamaktadır.

Bu eğitim modülünün hazırlanmasına katkıda bulunan ulusal ve uluslararası danışmanlar, hakim ve Cumhuriyet savcıları ile, Adalet Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, Türkiye Barolar Birliği, İçişleri Bakanlığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Adli Tıp Kurumu temsilci ve uzmanlarına teşekkür ederiz.

Adil Yargılanma Hakkı Eğitim Modülü Zaman Çizelgesi

	09:30 - 12:00		12:00 - 13:30	14:30 - 16:30	16:30 - 17:00
1. Gün	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) Giriş		ARA	AİHS'nin İç Hukukumuzdaki Yeri	
2. Gün	Süjelerin Rolü *Senaryo, role play ve video gösterimi yöntemiyle uygulama hataları yansıtmalı*	Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi	ARA	Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi	Vaka Çalışması
3. Gün	Adil Yargılanma Hakkı: İddianame		ARA	Adil Yargılanma Hakkı: Duruşma	
4. Gün	Adil Yargılanma Hakkı: Duruşma	Kurgusal Duruşma Egzersizi	ARA	Kurgusal Duruşma Egzersizinin Geri Bildirimi	Kurs Sonu/ Değerlendirme

1. KURS VE DERS HEDEFLERİ **9**
1.1. Genel Bakış **11**
1.2. Bu Kitapçık ve Eğitmen Kılavuzu Nasıl Kullanılmalıdır? **13**
1.3. Kursa Genel Bakış **14**
1.4. Modüller ve Ders Planları **16**

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE 6.MADDEYE GİRİŞ **19**
Ders Planı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Giriş **21**
Vaka Çalışması **63**

3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇ HUKUKUMUZDAKİ YERİ **65**
Ders Planı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzdaki Yeri **67**
İçerik Materyali: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme) **69**
3.1. Giriş **69**
3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukuk Sistemindeki Yeri **70**
3.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvurudan Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruya **73**
3.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuza Etkisi **75**
3.5. Sonuç **86**
Yararlanılan Kaynaklar **88**
Pratik Çalışma Gereçleri **89**

4. ADİL YARGILANMA HAKKI: SÜJELER ARASINDAKİ İLİŞKİ **97**
Ders Planı - Adil Yargılanma Hakkı: Süjeler Arasındaki İlişki **99**
İçerik Materyali **99**
Ders Planı - Soruşturma ve Yargılama Aşamasında Süjeler **103**
İçerik Materyali **103**
4.1. Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında CM/Rec(2010)12 Sayılı Tavsiye Kararı **109**
4.2. Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Avrupa Polis Etik Kuralları Hakkında Rec(2001)10 Sayılı Tavsiye Kararı **117**
4.3. Avrupa Polis Etik Kuralları Hakkında Rec(2001)10 Sayılı Tavsiye Kararının Eki **118**
4.4. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezai Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü ile İlgili Üye Devletlere Sunduğu Tavsiye Kararı Rec(2000)19 ..... **124**
4.5. Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı **130**

5. ADİL YARGILANMA HAKKI: SORUŞTURMA EVRESİ **135**
Ders Planı - Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi **137**
Tavsiye Edilen Okuma Listesi **142**
Soruşturma Evresinde Hakkaniyete Uygun Muhakeme Edilme Hakkı **143**
5.1. Konunun Kapsamı ve Kavram **143**
5.2. Genel Olarak Hakkaniyete Uygun Muhakeme Edilme Hakkı ve Soruşturma Evresiyle İlişkisi **143**
5.3. Hakkındaki Davanın Hakkaniyete Uygun Olarak Görülmesi Hakkı ve Soruşturma Evresi **145**
5.4. Silahların Eşitliği İlkesi ve Soruşturma Evresi **146**

5.5. Delil Yasakları ve Soruşturma Evresi **147**
5.6. Kendini Suçlayıcı Beyanda Bulunmaya Zorlanamama Hakkı ve Soruşturma Evresi **148**
5.7. Duruşmanın Halka Açıklığı Kuralı ve Soruşturma Evresi **150**
5.8. Makul Sürede Yargılanma Hakkı ve Soruşturma Evresi **150**
5.9. Yasayla Kurulan, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı ve Soruşturma Evresi **153**
5.10. Masumiyet Karinesi ve Soruşturma Evresi **153**
5.11. Haklarından Haberdar Edilme **154**
5.12. Şüphelinin/Sanığın Kendisine Yönelik Suçlamanın Niteliği ve Nedeninden En Kısa Sürede, Anladığı Bir Dilde ve Ayrıntılı Olarak Haberdar Edilme Hakkı (AİHS m. 6/3-a) **155**
5.13. Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (AİHS m. 6/3-b) **156**
5.14. Şüphelinin/Sanığın Kendisini Bizzat veya Seçeceği Bir Müdafi Yardımıyla Savunma ve İcabında Resen Atanacak Bir Avukatın Yardımından Ücretsiz Olarak Yararlanma Hakkı (AİHS m. 6/3-c) **159**
5.15. İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Savunma Tanıklarının da Aynı Koşullar Altında Davet Edilmelerini ve Dinlenmelerini İsteme Hakkı (AİHS m. 6/3-d) **168**
5.16. Ücretsiz Olarak Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı (AİHS m. 6/3-e) **169**

6. ADİL YARGILANMA HAKKI: İDDİANAME **171**
Ders Planı - Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi **173**
6.1. İddianame **179**
6.1.1. İddianamenin Unsurları **179**
6.1.2. Tutuklu İşlerde İddianamenin Özelliği **186**
6.1.3. Ceza Davası Açılmasının Sonuçları **187**
6.2. İddianamenin Değerlendirilmesi **187**
6.2.1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Dönemi **187**
6.2.2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Dönemi **189**
6.3. Kamu Davasının Duruşma Hazırlığı ve Duruşma Devresi **194**
6.3.1. İddianamenin Sanığa Bildirilmesi **194**
6.3.2. Duruşmanın Yürüyüşü: İddianamenin Okunmasının Özelliği **195**
Tavsiye Edilen Okuma Listesi **196**
Pratik Çalışma Gereçleri **196**

7. ADİL YARGILANMA HAKKI: DURUŞMA **197**
Ders Planı - Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Muhakemesinde Duruşma **199**
Tavsiye Edilen Temel Okuma Listesi **201**
Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma **203**
7.1. Duruşmaya ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Temel Bilgiler **204**
7.1.1. Duruşma Kavramı **204**
7.1.2. AİHS M. 6 Bağlamında Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı **204**
7.1.3. AİHS'nin 6. Maddesinin Fıkraları Arasındaki İlişki **206**
7.1.4. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı **207**
7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrasında Düzenlenen Haklar Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma **208**
7.2.1. Makul Süre İçinde Yargılanma Hakkı ve Duruşma **208**
7.2.2. Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı ve Duruşma **213**
7.2.3. Aleni Yargılanma Hakkı ve Duruşma **219**

7.2.4. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı ve Duruşma..... **221**
7.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 2 ve 3. Fıkralarında Düzenlenen Haklar Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma..... **222**
7.3.1. Suçsuzluk Karinesi ve Duruşma..... **222**
7.3.2. İsnadı Öğrenme Hakkı ve Duruşma..... **226**
7.3.3. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı ve Duruşma..... **231**
7.3.4. Kendi Kendini Savunma veya Bir Müdafinin Yardımından Faydalanma Hakkı ve Duruşma..... **234**
7.3.5. Genel Olarak Çelişmeli Muhakeme, Silahların Eşitliği İlkeleri ve Duruşma..... **241**
7.3.6. İddia Makamı ile Eşit Koşullarda Tanık Çağrılıp Dinlenmesini Talep Etme, Tanıkları Sorguya Çekme ve Duruşma..... **250**
7.3.7. Tercüman Yardımından Faydalanma Hakkı ve Duruşma..... **257**

1

KURS VE DERS HEDEFLERİ

1. Genel Bakış
2. Bu Kitapçık ve Eğitmen Kılavuzu Nasıl Kullanılmalıdır?
3. Kursa Genel Bakış
4. Modüller ve Ders Planları

1. KURS VE DERS HEDEFLERİ

Giriş

AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi, bir ülkenin anayasal değer ve kuralları ile birlikte maddi hukuku ve usul hukukunu şekillendiren temel bir normu temsil eder. Bunlar, adli yetkililer ve polisin her aşamada adil yargılanma hakkına riayet etmesini, hâkimlerin bilinçli veya bilinçsiz olarak sahip oldukları ve verecekleri kararları etkileyebilecek yaygın veya rastlantısal ön yargıları tespit edebilmesini, adli işlemlerdeki aktörlerin bu ön yargıları fark edip bunlarla başa çıkabilmesini ve adli işlemlerin tüm taraflarının (hâkimler, savcılar, avukatlar), rollerinin kuvvetler ayrılığı içeren bir sistemin bir parçası olarak tanımlandığını ve bu sistemin bozulmasının kaçınılmaz bir şekilde adil olmayan sonuçlara yol açacağını anlamasını sağlamalıdır.

Türkiye'deki adli pratiğin analizi, ceza usulü hükümlerinin neredeyse tamamen sorgulayıcı bir şekilde yorumlandığını ve uygulandığını göstermektedir. Gerçek şu ki savcının işlevi neredeyse sadece resmîdir ve savunma, sınırlı ve çok zayıf bir rol oynar; ceza davasının gerçek "kurtarıcı kahramanı" (deus ex machine) olan hâkim, çoğunlukla tatmin edici olmayan bir şekilde her iki tarafın yerine geçer. Hâkimler ve savcılar arasındaki ilişkiler kabul edilemez bir şekilde yakın görünürken avukatlar da bir güvensizlik unsuru taşır. Mahkeme salonu ortamı da bu durumu açık bir şekilde yansıtmaktadır. Örneğin, hâkim ve savcılar salona aynı kapıdan girerken savunma avukatları genel giriş kapısını kullanır. Davalı ve avukatı mahkeme salonunda daha alçak bir yerde oturur ve gizli bir şekilde iletişim kuramazlar. Tüm bunlar, tarafların eşitliğinin ihlal edildiği izlenimine katkıda bulunur ve tarafsızlık algısına gölge düşürür.

Çeşitli tarafların rolleri de belirsiz görünmektedir; bu yüzden, soruşturmaların yürütülmesi veya tamamlanmasından önce bir iddianamenin hazırlanması sıra dışı bir olay değildir. Suçlamayı sürdürmek için yeterli kanıt olmadığı durumlarda hâkim, çoğunlukla duruşma sırasında soruşturmayı sürdürmek için ahlaki bir yükümlülük hisseder ve makamların işlevleri ile ilgili daha da büyük bir karmaşaya yol açar. Duruşmaların ertelenmesi de hâkim ve kamuoyunun, davaya dair genel bir bakışa sahip olma kapasitesini olumsuz yönde etkileyen yaygın bir sorun olarak görünmektedir. Bu, özellikle davalı sayısının yüksek olduğu ve duruşmanın yapıldığı koşulların bireysel adalete dayalı adli yargılanma güvencelerine riayeti, fiilî olarak imkânsız kıldığı örgütlü suçlar veya terör davalarında sorun teşkil etmektedir.

Halkın algısında adaletin görünümünün, en az adaletin özü kadar önemli olduğunu dikkate aldığımızda Türkiye'deki mevcut durum, hukuki reformlara ve yeni profesyonel tekniklere ek olarak hâkim, savcı, polis memuru ve savunma avukatlarının etik bir akım başlatmasına ve kendi kişisel, kararlı profesyonel kimliklerini inşa etmek için adaletin adil bir şekilde yürütülmesinde nelerin gerekli olduğunu çok iyi bir şekilde anlamasına ihtiyaç olduğunu göstermektedir.

1.1. Genel Bakış

1.1.1. Kitapçık ve Kılavuzun Amacı

Bu çalışma, Türkiye'nin ceza yargılaması sisteminin etkinliğinin geliştirilmesine yönelik Ortak Program kapsamında hazırlanmıştır. Türkiye'deki adli kurumlardan, emniyet güçlerinden ve savunma avukatlarından seçilmiş üyeleri hedef

alan Eğitmenlerin Eğitimi'nin (EE) verilmesinde kullanılmak üzere oluşturulmuş olan bir Eğitim Kitapçığı ve bir Eğitmen Kılavuzu içerir. Katılımcılardan adil yargılanma standartlarına ilişkin olarak hâkim ve savcılara hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim vermeleri istenecektir. Program, yetişkin eğitiminin temel ilkelerine dayanmaktadır; böylelikle katılımcıların (gelecekteki eğitmenler) bilgileri ve uzmanlığı üzerine kurulmakta olup, bu kişilerin ulusal mevzuat veya uygulamaların, AİHS standartlarına uygun olup olmadığını değerlendirme ve sahip oldukları takdir yetkisi ve manevra alanının, AİHS'ye uygun olmayan mevcut uygulamaları düzeltmek için kullanılabileceği durumları belirleme kapasitesini artırmayı amaçlamaktadır.

Daha belirgin biçimde belirtmek gerekirse bu eğitim, katılımcıların, ceza yargılaması sisteminin idaresi ile ilgili hukuki konuları AİHS'nin bakış açısıyla ve Strazburg Mahkemesinin AİHS'yi yorumlama şekliyle ele almasını sağlayacaktır. Eğitimin asıl amacı, AİHS'nin ulusal hukukla ve ulusal hukukun uygulanışıyla nasıl etkileşime girdiğini incelemektir: Böylelikle katılımcılar ceza adaletinin sağlanması görevi ve rollerini gerçekleştirme şekline AİHS perspektifini katarak profesyonelliklerini artırma fırsatı bulacaklardır.

Yetişkin eğitimi ve eğitim metodolojilerinin ilkelerine ek olarak kursta şu konular işlenecektir:

- AİHS ve amaca yönelik olarak yorumlanması;
- Suç isnadı kavramına ilişkin olarak ve güvencelerin geçerli olduğu andan itibaren AİHS madde 6'nın uygulama kapsamı;
- AİHS madde 6 kapsamında adil yargılanma hakkının çeşitli yönleri:
    - İşlemin karşılıklı çekişmeye dayalı niteliği ve tarafların eşitsizliği;
    - Kendi aleyhinde tanıklık etmeme ve sessiz kalma hakkı;
    - Masumiyet karinesi;
    - Duruşmaya fiziksel olarak ve etkin bir şekilde katılma hakkı;
    - Yasal olarak kurulmuş olan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme/yargıç kürsüsü tarafından yargılanma hakkı;
    - Umuma açık duruşma: haktan feragat etme imkânı ve bunun sınırları;
    - Makul uzunlukta dava: genel ilkeler, davanın niteliği ve karmaşıklığı, tarafların davranışları;
    - Masumiyet karinesi;
    - Suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı:
        a. Suçlamanın dili;
        b. Bildirimin ayrıntıları: suçlamanın niteliği ve gerekçesi;
        c. İddianamenin tebliğ edilmesi;
        d. Adli işlemler sırasında suçlamalarda değişiklik;
- Savunma hazırlamak için yeterli zaman ve imkâna sahip olma hakkı;
- Bir avukata erişim ve avukat yardımı alma hakkı;
- Hukuki yardım ve savunma danışmanlığı alma hakkı;
- Tanıkları inceleme ve karşı incelemeye tabi tutma hakkı;
- Bir tercümandan ücretsiz olarak yardım alma hakkı;
- Adil yargılanma hakkı ve ilk derece mahkemesince verilen kararın yargı denetimine yönelik sistemler

- Sessiz kalma ve kendi aleyhinde tanıklık yapmama (zorla itiraf ettirme) hakkına ve özel yaşamına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmelerine saygı gösterilmesi hakkına ilişkin olarak soruşturma sırasında sözlü kanıtların/tanıklıkların toplanması;
- Polisin, hâkimlerin, savcıların ve savunma avukatının, insan haklarının garantörleri olarak görev ve işlevleri (soruşturmalar sırasında);
- Ulusal mevzuatın uluslararası standartlara uygunluğu.

1.1.2. Bu Eğitim Neden Gereklidir?

Uluslararası İnsan Hakları Kanunu'na göre her birey veya grup, hem hukuk davalarında hem de ceza davalarında adil yargılanma hakkına sahiptir. Ancak bu hakkın etkin bir şekilde korunması; yetkili, bağımsız ve tarafsız hukuk mahkemelerinin fiilî olarak varlığına ve bunlara olan erişilebilirliğe bağlı olacaktır. Adil yargılanma hakkının gerçekliğe dönüştürülmesinde hâkim ve savcılar da önemli bir rol oynamaktadır. Bu aktörlerin tamamı birlikte hukukun üstünlüğüne saygı duyan demokratik bir toplumun hukuki sütununun oluşturulmasına katıkıda bulunmaktadır.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ve diğer uluslararası izleme organlarının hukuk sistemine bakıldığında adil yargılanma hakkının, muhtemelen tüm insan hakları arasında en sıklıkla ihlal edilen hak olduğu açık bir şekilde görülebilir. Bu, duruşma öncesinde ve duruşma aşamasında belirlenen hukuki güvencelerin anlaşılma ve uygulanma düzeyini artırmak için genel destek sağlama ihtiyacı olduğunun açık bir işaretidir.

1.1.3. Eğitim programı

Bu kitapçık ve kılavuzun amacı, yargı erkini, görevlerini gerçekleştirmeye hazırlamaktan sorumlu olan kurumlar tarafından da kullanılacak olan, standart hâle getirilmiş, adil yargılanma hakkındaki eğitimlerin oluşturulmasına ve hazırlanmasına dayanak sağlamaktır.

Teklif edilen şablon, eğitimin iskeletini oluşturmaktadır. İdeal olarak eğitmenler, kendi bilgilerine dayanarak ve uygulamalı alıştırmaların ve tartışmaların kaçınılmaz bir şekilde tetikleyeceği dinamiklerin sonucu olarak şablonu tamamlayacaktır. Hazırlanmış olan dersler, eğitmenlerin yapacağı sunumların başlıklarını, konuyla ilgili açıklamaları ve sunulacak içeriği kapsamaktadır. Bu açıdan şablon, standart hâle getirilmiş kursun amaç ve hedeflerinin yerine getirilmesini sağlamayı ve her eğitim etkinliğinin kaçınılmaz farklılıklarına karşın eğitimde tutarlılık sağlamayı hedefleyen bir aracı temsil etmektedir.

Program, yetişkin eğitiminin temel ilkelerine dayanmaktadır; böylelikle temsilcilerin bilgileri ve uzmanlığı üzerine kurulmakta ve bu kişilerin ulusal mevzuat veya uygulamaların AİHS standartlarına uygun olup olmadığını değerlendirme ve sahip oldukları takdir yetkisi ve manevra alanının, AİHS'ye uygun olmayan mevcut uygulamaları düzeltmek için kullanılabileceği durumları belirleme kapasitesini artırmayı amaçlamaktadır.

1.2. Bu Kitapçık ve Eğitmen Kılavuzu Nasıl Kullanılmalıdır?

Bu kılavuzun amacı, kursun yapısı ve içeriğine ilişkin bilgileri eğitimcilere

sunmaktır. Her bir dersin hedefleri, dersin hangi bilgileri kapsadığını özetlemektedir. Bu kurs için eğitim metodolojisi hazırlanmıştır ve ilgili tüm eğitim destek materyalleri bu eğitim paketinde yer almalıdır. Bu kılavuzun amacı, kurs standardını korumak ve eğitimin verilişi sırasında tutarlılık sağlamaktır.

Bu kılavuz; hâkimlerin, savcıların, araştırmacıların ve savunma avukatlarının görevlerini uluslararası standartlara uygun olarak gerçekleştirmesi için adil yargılanma güvencelerine dair sahip olması gereken bilgi ve becerilere ilişkin temel rehberlik sunmak üzere tasarlanmıştır. Eğitmenlerin, konuya ilişkin olarak özellikle eğitimin verileceği ülkeye karşı verilmiş olan en son AİHM kararlarını inceleyerek kendilerini güncellemeleri tavsiye edilmektedir.

Bilgilendirme için vaka çalışmalarının veya pratik uygulamaların kullanılması, bu tür bir eğitim için uygun görülmektedir ve yetişkinlere yönelik öğretim tarzlarında safi didaktik öğretimden daha faydalıdır. Eğitmenlerin Eğitilmesi (EE) amacıyla gerçek senaryolar hazırlanmıştır ve eğitmenlerin, uygun gördükleri şekilde bu senaryoları uyarlamaları önünde bir engel yoktur.

1.3. Kursa Genel Bakış

1.3.1. Kursun Süresi Ne Kadardır ve Hedef Grubu Kimdir?

Bu kurs, ortak kurumlar tarafından belirlenecek hukuk profesyonelleri için üç günlük bir programdır. Kuşkusuz daha da uzatılabilir. Bu amaçla, sunulan konulara daha derinlemesine inilebilir ve/veya uygulamalı alıştırmaların sayısı artırılabilir. Aslında, bu kılavuzda yer alan materyaller beş güne kadar sürebilecek bir eğitim için yeterlidir: Bu materyallerin nasıl kullanılacağına eğitici karar verecektir. Gerçek anlamda etkileşim sağlayabilmek için katılımcı sayısı yirmi beşi geçmemelidir. İdeal olanı, grubun; hâkimler, savcılar, kolluk görevlileri ve avukatlardan oluşacak biçimde karma bir grup olmasıdır.

1.3.2. Eğitimi Kim Verecektir?

Bu eğitim paketi, kursun uygulanması için yeterli bilgi içermekle birlikte, paketin bu bilgilerle sınırlı olduğu söylenemez. Eğiticiler, kursu tamamlayıcı nitelikteki kendi uzmanlıklarından ve bilgi birikimlerinden her aşamada yararlanmalıdırlar. Bu husus özellikle önemlidir zira kurgusal mahkeme gibi uygulamalı alıştırmalar sırasında ne tür dinamiklerin ortaya çıkacağını ancak belirli bir düzeye kadar kestirmek mümkün olabilmektedir. Bu nedenle eğiticilerin ulusal ve uluslararası düzeyde usule ait ve maddi konuların yanı sıra yetişkin eğitim teknikleri ve metodoloji konusunda yeterli deneyime sahip olmaları çok önemlidir. Bu kurs çoğunlukla uygulamalı alıştırmalara ve vaka çalışmalarına dayalı olduğu için yetişkin eğitimi konusunda ciddi deneyimi bulunmayan eğiticiler, programı gereği gibi yürütemeyebilirler. İdeal olanı, programın en az iki eğitici tarafından uygulanmasıdır. Hem eğitici ekibinin hem katılımcıların teşekkülünde cinsiyet dengesinin kurulmasına mümkün mertebe dikkat edilmelidir.

1.3.3. Kurs Nasıl Uygulanacaktır?

Kurs, şu anki hâliyle farklı sınıf ortamlarını kullanmaya elverişli biçimde yapılandırılmıştır; eğiticiler bu sayede farklı oturma düzenleri uygulayarak öğrenme dostu bir ortam oluşturabilirler. İlave eğitim uygulamaları ve grup çalışmaları için

yeterli zamanın planlanması gereklidir; bu, özellikle grup çalışmaları sırasında öğrenmeyi kolaylaştırma adına önemlidir.

1.3.4. Eğitimin Hedefleri

Bu kursun sonunda katılımcılar,

- AİHS'nin amaca yönelik yorumlanması ilkesini anlayabilmeli;
- AİHS'nin 6. maddesinde yer bulduğu hâliyle ceza yargılamasına ilişkin teminatları öğrenmeli;
- AİHS'nin adil yargılanma teminatlarına ilişkin içtihadıyla ilgili bilgi düzeylerini artırabilmeli;
- Yargılamanın her bir aktörünün (hâkim, savcı, müdafi) adil yargılanma standartlarına uyulmasını teminen yerine getirmesi gereken rolleri tartışabilmeli;
- AİHS'nin adil yargılanma standartlarıyla ilgili ulusal yargılama uygulamalarındaki kusurları belirleyebilmeli ve giderebilmeli;
- Tanıkların başta müdafi tarafından olmak üzere bütün taraflarca sorgulanmasının ve çapraz sorgulanmasının önemini takdir edebilmeli;
- Adil yargılanmayı güvence altına almak için gerekli kişisel ve mesleki değerlerle ilgili farkındalıklarını artırabilmeli;
- Adil yargılanma ilkelerini gerçek vaka senaryolarına uygulayabilmelidirler.

Kursun amacı, başta ceza yargılamaları olmak üzere adil yargılanma standartlarının uygulanmasına ilişkin hem teorik bilgileri hem uygulama becerilerini vermektir. Ceza davalarında tarafların rolleri daha derinlemesine bir çalışmanın konusudur ve bundan amaç, AİHS kapsamında sorunlara yol açabilecek uygulamaları tespit etmektir. Kursun sonunda katılımcılar, AİHS kapsamında adil yargılanma esaslarına ilişkin bilgi düzeylerini artıracak ve ceza yargılamasında sık görülen ihlalleri gidermeye yönelik vukuf kazanacaklardır.

1.3.5. Kaynaklar

Bu kursun uygulanması için aşağıdaki ortama ve araç gereçlere ihtiyaç bulunmaktadır:

- Katılımcı sayısına uygun bir salon; salonda farklı eğitim aktiviteleri için kolaylıkla taşınabilecek/birleştirilebilecek büyüklükte masalar bulunmalıdır.
- Grup çalışmaları için fazladan iki küçük salon
- Windows 7 ve MS Office Professional yüklü masa üstü/dizüstü bilgisayar
- Projektör ve projektör perdesi
- İnternet erişimi (ideal)
- Katılımcı sayısınca AİHS metni
- Beyaz tahta
- Tahta kalemi (mavi, siyah, kırmızı ve yeşil renkte en az ikişer adet kalem)
- İki flipchart ve yeterli miktarda flipchart kâğıdı
- Katılımcılar için not defteri ve kalem
- Zımba, delgeç ve makas
- Flipchart kâğıtlarının duvara tutturulması için hamur yapıştırıcı veya benzeri bir yapıştırıcı

1.3.6. Değerlendirme

İdeal olarak, eğitimin sonunda katılımcılara çoktan seçmeli/açık uçlu sorular şeklinde düzenlenmiş objektif bir değerlendirme uygulanmalıdır.

1.3.7. Kurs Değerlendirmesi

Kursun değerlendirmesi, eğitimin önemli bir unsurudur; katılımcılara yaşadıkları öğrenme deneyimi ile ilgili geri bildirim vermeleri için değerlendirmeye yeterli süre ayrılmalıdır.

Bu amaçla hazırlanan değerlendirme formu bu kılavuza eklidir. Eğiticiler, formların doldurulmasını ve kendilerine iade edilmesini sağlamaktan sorumludurlar. Değerlendirme formlarında yer alan geri bildirimler, kursun gelecekte daha da geliştirilmesini sağlayacaktır.

1.4. Modüller ve Ders Planları

Metodolojik perspektiften bakıldığında şunun belirtilmesi gerekir ki aşağıdaki modüller, başlangıç noktası olarak rol oynama/simülasyonlar kullanmak suretiyle uygulanma ihtimali akılda bulundurularak tanımlanmıştır. Modüller, soruşturma sürecinden hüküm verme sürecine bir davanın normal gelişimini izler: Her eğitim gününde gelişen tek bir gerçek veya gerçeğe yakın dava ele alınabilir.

Ders 1	**Kursa Giriş**	• Eğitmen ve katılımcılarla tanışma • Kursun yapısının ve içeriğinin tanımlanması • İlgili idari görevlerin tamamlanması Kurs ile ilgili belgelerin dağıtılması (Tüm yazılı ve elektronik materyaller geliştirilmeli ve tüm EE kursunun Ekler Listesi'nde ayrıntılı bir şekilde belirtilmelidir; tüm belgeler Ekler Listesi'ne göre sistematik ve sıralı bir şekilde kılavuza eklenmelidir.)
Ders 2	**AİHS'ye Giriş**	• AİHS'nin ruhunun ve amaca yönelik olarak yorumlanmasının anlaşılması • Bu ilkelerin verilen senaryolara uygulanması • AİHS madde 6'nın uygulama kapsamının öğrenilmesi
Ders 3	**AİHS'nin İç Hukuka Yansıması**	AİHS'in iç hukuktaki yeriyle ilgili bilgilerin tazelenmesi
Ders 4	**Adil Yargılanma Hakkı: Süjeler**	• Ceza davalarındaki çeşitli aktörlerin (araştırmacılar/soruşturmacılar, savcı, hâkim ve savunma) rollerinin ayrımının yapılması • Bu aktörlerin, insan haklarının garantörleri olarak görevlerinin tartışılması • Hukuka uygun olarak kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme/mahkeme heyeti tarafından yargılanma hakkının kapsamının belirtilmesi • İnsan haklarının etkili bir şekilde korunması için avukat-müvekkil ilişkisinin öneminin gösterilmesi
Ders 5	**Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi**	• Soruşturmaların iddianame ile ilgili amacının yeniden belirtilmesi • Soruşturma sırasında kişilerin kendileri aleyhinde tanıklık yapmama hakkının uygulama kapsamının anlaşılması • Sessiz kalma hakkının kullanımının gösterilmesi • Masumiyet karinesinin uygulanışının tartışılması • Duruşma öncesi aşamada ifadelerin alınması sırasında soruşturmacıların eylemlerinin değerlendirilmesi • Soruşturmalar ile davalının usul dışı hakları (kişinin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmelerine saygı gösterilmesi hakkı) arasındaki ilişkilerin tanımlanması

Ders 6	**Adil Yargılanma Hakkı: İddianame**	• Suçlamadan haberdar edilme hakkının boyutlarının belirtilmesi • Suçlamanın dili ile ilgili meselelerin belirtilmesi • Suçlamanın niteliği ve gerekçesinin incelenmesi • İddianamenin tebliğ edilmesinin değerlendirilmesi • Dava sürerken suçlamalarda değişikliklerin olmasının tartışılması • Savunma hazırlamak için yeterli zaman ve imkâna sahip olma hakkının gösterilmesi
Ders 7	**Adil Yargılanma Hakkı: Duruşma Evresi**	• Duruşmaya fiziksel olarak ve etkin bir şekilde katılma hakkının tartışılması • Bir avukata erişim ve avukat yardımı alma hakkının gösterilmesi • Hukuki yardım ve savunma danışmanlığı alma hakkının değerlendirilmesi • Tanıkları inceleme ve karşı incelemeye tabi tutma hakkının gösterilmesi • Bir tercümandan ücretsiz olarak yardım alma hakkının değerlendirilmesi • Adil yargılanma hakkı ve ilk derece mahkemesince verilen kararın yargı denetimine yönelik sistemlerin analizi • İşlemin karşılıklı çekişmeye dayalı niteliği ve tarafların eşitsizliğinin anlatılması • Umuma açık duruşma düzenlenmesi hakkından feragat etme imkânı ve bunun sınırlarının değerlendirilmesi • Davanın makul uzunluğuna ilişkin ilkelerin belirtilmesi ve davanın uzunluğunu etkileyebilecek meselelerin belirlenmesi (davanın niteliği ve karmaşıklığı, tarafların davranışları)
Ders 8	**Kursun Kapanışı**	• Kurs ve etkinliği hakkında ilgili geri bildirimlerin verilmesi • Avrupa Konseyi Kurs Değerlendirme Formları'nın doldurulması

2

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE 6. MADDEYE GİRİŞ

Ders Planı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Giriş
(İçerik Materyali: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Giriş)
Vaka Çalışması

Ders Planı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Giriş

Gerekli Kaynaklar:

- Windows 7 ve MS Ofis yüklü PC/Laptop Professional
- İnternet erişimi
- Projektör ve ekran
- Not kâğıdı ve kalem
- Flipchart veya tahta ve kalem
- AİHS metni (hem eğitici hem de katılımcılar için)
- Tüm katılımcılar için yeterli sayıda A Çalışma Metni (bk. slayt No. 11)

Amaç:

Katılımcıların, AİHS ve Sözleşme'yle oluşturulan denetim sistemine ilişkin bilgilerini tazelemek ve Sözleşme'nin yorumlanması ve pratikteki uygulamasına yön veren temel ilkeleri incelemek.

Hedefler:

Ders sonu itibarıyla öğrencilerin;

- AİHS'nin tarihini hatırlamaları
- Sözleşme ile güvence altına alınan çeşitli hakları sıralamaları
- Avrupa Mahkemesinin uygulamada nasıl çalıştığını öğrenmeleri
- AİHS'nin yorumlanmasına ilişkin ilkeleri sıralamaları: etkililik, canlı bir araç, orantılılık, insan onuru, pozitif yükümlülükler
- Yukarıda bahsedilen ilkelerin anlamını ve uygulamadaki etkilerini anlamaları
- Bu ilkelerin uygulandığı ve/veya yorumlandığı başlıca AİHM davalarını hatırlamaları sağlanacaktır.
- AİHS'nin 6. maddesinin uygulanma kapsamını belirleyebilmeleri
- Bu maddede öngörülen farklı teminatları sıralayabilmeleri sağlanacaktır.

Powerpoint

Bu oturum için kısa bir powerpoint sunum hazırlanmıştır. Eğitici, slaytların altındaki notlar kısmında yer alan metinleri okumamalıdır. Bu notlar, eğiticinin bu konuyu işlerken aşina olması gereken asgari fakat yeterli ön bilgi işlevi görmektedir. Bu oturum için her ne kadar anlatım yöntemi belirlenmişse de eğitici, katılımcıların dikkatini tazelemek adına özellikle önemli gördüğü konularda beyin fırtınası veya tartışma yöntemlerine de başvurabilir.

Eğitici, bütün oturumlar sırasında katılımcılara düzenli aralıklarla o noktaya kadar anlatılanların net biçimde anlaşılıp anlaşılmadığını ve ek izahat isteyip istemediklerini sormalıdır. Eğiticiler ek açıklamalarda bulunmak için her zaman katılımcıların sormasını veya istemesini beklememeli, gerek duyduklarında izahat vermelidirler. Şurası da unutulmamalıdır ki sunumda yer verilen bütün davalardan bahsedilmesine gerek yoktur; bunlar, öncelikle eğiticinin yararlanması amacıyla konmuştur. Eğitici, konunun gidişatına göre bunlardan bir kısmına yoğunlaşma ihtiyacı duyarsa bunları beyaz tahtaya yazmalıdır. Slayttan beyaz tahtaya geçmek gibi ortam değişiklikleri, önceden belirlenen sıralamaya ara vererek katılımcıların dikkatlerini tazeleme imkânı sunar.

Slayt 1-2	Bu modülde, AİHS ve denetim sistemine kısa bir giriş yapılmakta ve Sözleşme'nin pratikte yorumlanması ve uygulanmasına yön veren temel ilkelerin anlaşılmasına yardımcı olunmaktadır.
Slayt 3	Bu slaytta, AİHS'nin tanıtımıyla ilgili Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan kısa bir film gösterimi yapılacaktır.
Slayt 4	Filmde gördüğümüz üzere, insan haklarının korunmasına ilişkin Avrupa Sistemi'nin özelliklerinden biri de tamamlama ilkesidir. Bu, şu anlama gelmektedir: Sözleşme'nin amacı ve maksadı 1. maddede belirtildiği gibi hak ve özgürlüklerin Sözleşme'ye taraf olan devletin kendi yetki alanı içinde güvence altına alınmasıdır. Sözleşme ile oluşturulan koruma mekanizmasının işlemesi için, ulusal sistemlerin Sözleşme hükümlerinin ihlaline karşı çözüm sunması ve Mahkemenin tamamlama ilkesine göre denetim rolünü uygulaması gereklidir. Bu husus 13. madde kapsamında teyit edilmiştir (Buna göre Sözleşme'ye taraf devletler, Sözleşme'nin ihlal edilmesi hâlinde etkili bir çözüm yolu sunmakla mükelleftir.). Mahkeme, çözüm yolu sunma yükümlülüğünün ayrıca 6. madde ihlaline neden olan yargılamanın uzun sürmesi sorunu için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme tarafından belirtildiği üzere; "iç hukuk yollarının tükenmesine ilişkin 35-1. maddede belirtilen kural, 13. maddede belirtildiği üzere (Kural bu maddeyle yakından ilişkilidir.) bireyin Sözleşme'de yer alan haklarının ihlal edilmesine ilişkin etkili bir iç hukuk yolunun mevcut olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu bağlamda, devletin kendi hukuk sistemi içinde her şeyden önce insan haklarını koruma yükümlülüğüne doğrudan atıfta bulunan 13. madde, bireyin bu hakları etkin bir şekilde kullanmasını sağlamak üzere ilave bir güvence oluşturmaktadır. 13. maddenin amacı, hazırlık çalışmalarında ortaya çıktığı üzere, bireylerin Sözleşme haklarının ihlal edilmesi hâlinde Mahkemenin uluslararası şikâyet mekanizmasını harekete geçirmeden önce ulusal düzeyde bir çözüm elde edebilecek araçları sunmaktır."
Slayt 5	Sözleşme ile güvence altına alınan fiilî haklara bakıldığında, bazı farklılıklar görülebilir. Genel farklılık, hakların özelliklerinden kaynaklanmaktadır; dolayısıyla mutlak (*absolute*), sınırlanabilir (*limited)* ve şartlı (*qualified*) haklarımız vardır. Mutlak haklar, hiçbir koşulda hiçbir niteliğe veya müdahaleye izin vermez. Sınırlanabilir haklar, maddede yer alan kısıtlamalar dâhilinde sınırlanabilirken şartlı haklar ise bir taraftan birey diğer taraftan da toplum arasında veya çakışan iki hak arasında dengelenmeye çalışılan haklardır. AİHS kapsamında, AİHS'de yer alan bazı haklar mutlak haklardır. Bu haklar hiçbir koşulda sınırlanamaz veya olağanüstü durumlarda dahi ihlal edilemez. **Mutlak haklar** (3. madde: İşkence yasağı, 4(1). madde: Kölelik yasağı, 7. madde: Kanunsuz cezalandırma yasağı) Klasik mutlak hak kapsamında işkence, insanlık dışı veya

aşağılayıcı muamele yasağı yer almaktadır. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele eşiğine bir kez gelindiğinde, hakkın engellenmesi için hiçbir haklı sebep olamaz.

Örneğin, A-Birleşik Krallık Davası'nda, üvey oğluna saldıran üvey babaya karşı dava açılmıştır. Üvey baba, çocuğu pek çok defa sopayla dövmüştür. Duruşmasında üvey baba, çocuğu dövdüğünü kabul etmiş ancak o dönemde İngiliz hukukunda yer alan savunmaya veya meşru dayak kuralına dayanmaya çalışmıştır -savunmaya göre çocuğu kontrol altında tutmak için çocuğun dövülmesi gerekir. Jüri bu savunmayı kabul etmiş ve üvey babayı serbest bırakmıştır.

Daha sonrasında dava çocuğun yasal temsilcisi tarafından Strazburg Mahkemesine taşınmıştır ve Strazburg Mahkemesi çocuğun maruz kaldığı muamelenin aşağılayıcı muamele kapsamına girdiğini ve dolayısıyla çocuğu bu denli aşağılayıcı bir muameleye tabi tutmanın hiçbir savunması veya gerekçesi olamayacağına hükmetmiştir. Benzer şekilde, üvey baba, çocuğunu ağır bir şekilde dövdüğünü kabul etmiştir ve İngiliz hukukunun üvey babanın bu şekilde savunma yapmasına izin vermemesi gerekmektedir.

Kuzey İrlanda'da terör zanlıları için kullanılan sorgulama tekniklerinin insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye karşılık geldiğine karar verilmiştir. Bu sebeple, ulusal güvenlik dahi bireylerin böylesi bir muameleye maruz bırakılması için gerekçe teşkil edemez. Devletin, kişileri işkenceden koruma yükümlülüğünün bir başka örneği Chahal-İngiltere Davası'nda görülebilir. Başvurucu, Sih dinine mensup ve o dönemde Birleşik Krallık'ta bulunan Hintli bir teröristtir. Birleşik Krallık makamları kendisini sınır dışı etmek istemişlerdir. Hindistan'a iade edilmesi durumunda işkence görme riskinin yüksek olduğu kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hadisenin ulusal güvenliği ilgilendirmesine ve Hindistan hükûmetinin çeşitli güvenceler vermiş olmasına karşın, işkence yasağı hakkının mutlak hak niteliği sebebiyle, Birleşik Krallık hükûmetinin bu türden bir muameleye maruz kalabilecek bir kişiyi iade edemeyeceğine karar vermiştir.

Sınırlanabilir haklar (AİHS 5 ve 6. maddeler)

Özgürlük hakkı, sınırlanabilir hak için iyi bir örnektir. Bu hak 5. maddenin birinci paragrafında düzenlenmiş ve takip eden bölümlerde bu hakkın sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların ne olabileceği ortaya konulmuştur. Mesela, yetkili bir mahkemenin vereceği mahkûmiyet kararı doğrultusunda bir kişinin özgürlük hakkı elinden alınabilir. Adil yargılanma hakkı, yargılamanın bir bütün olarak ele alındığında adil olması bakımından mutlak olmakla birlikte, bu hakka dercedilmiş özel ve zımni sınırlamalar söz konusudur.

Şartlı haklar

Önce hakkın ortaya konulduğu -mesela, ifade özgürlüğü veya örgütlenme özgürlüğü- ve sonra izin verilen sınırlamaların uygulanabildiği haklardır. Bu hakların düzenlendiği ilgili maddelerde hak tarif edilmekte ve demokratik bir toplum düzeninde gerekli olması hâlinde ve müdahalenin hukuki bir dayanağı olması şartıyla hakka müdahalenin hukuka uygun olabileceği ortaya konulmaktadır. Bu sebeple, ifade özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı, protesto yapmak ve sendikalara katılmak ve dinî inançlarını yerine getirmek haklarının kısıtlanması, gerekli şartlar yerine getirilirse hukuka uygun olabilir. Hakka müdahale edildiğine dair ispat yükü bireye aittir. Bu noktadan sonra ispat yükü yer değiştirerek devlete geçmekte ve devletten müdahalenin açıklanabilir olduğunu ortaya koyması beklenmektedir. Doğal olarak, bu haklar arasında zaman zaman çakışmalar olabilir. Bunun en belirgin örneklerinden birisi, bir kişinin özel hayatının gizliliği hakkı ile bir başka kişinin ifade özgürlüğünün çakışmasıdır. Yarışan iki menfaat arasında adil bir denge tesis edilmelidir.

Şartlı haklar:

8. madde: Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı
9. madde: Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü
10. madde: İfade özgürlüğü
11. madde: Dernek kurma özgürlüğü
1 numaralı Protokol, 1. madde: Özel mülkiyetin korunması

Sınırlanabilen ve sınırlanamayan haklar

Hakları tasnif etmenin bir başka yolu da savaş hâli ve diğer olağanüstü hâllerde hukuka uygun olarak sınırlanabilecek olanlar ile hiçbir şart ve zamanda hiçbir sınırlamaya müsaade edilmeyen haklardır.

Diğer haklar, şartlı haklar olarak ayrılmaktadır. Bazı ender durumlarda, belirli menfaatleri korumak adına şartlı haklara müdahale edilebilir veya sınırlama getirilebilir. Şartlı haklar arasında şunlar sayılabilir:

Slayt 6

Şartlı haklar, sınırlandırma fıkrası da denen, ilgili maddenin 2. paragrafında belirtilen durumlarda sınırlanabilir. Sınırlandırma fıkrası böylesi sınırlandırmalar için şartları ortaya koyar. Bu şartlar şunlardır:

- Sınırlamalar kanunla düzenlenmelidir.
- İlgili maddede belirtilen amacı gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır.
- Demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.
- Gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olmalıdır.

Bazen, AİHS'nin bir maddesinde düzenlenen haklar Sözleşme'nin başka maddelerinde düzenlenen haklar ile çelişebilir. Mesela, ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında sıklıkla çelişki çıkmaktadır. Bu durumlarda, çatışan menfaatler tartılmalı ve söz konusu haklar arasında adil bir denge kurulmalıdır. Bu sebeple, Sözleşme'de düzenlenen hakların doğalarından kaynaklanan sınırlamalar da söz konusudur.

AİHS'de düzenlenen teminatlar asgari standardı oluşturmaktadır. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, insan haklarını, Sözleşme'nin zorunlu kıldığından daha düşük bir seviyede koruyamazlar ancak bu seviyeyi aşmakta serbesttirler. Üye devletin kendi sınırları içinde AİHS'nin sağladığı korumadan fazlasını sağlaması hâlinde, Sözleşme, ilgili üye devletin iç hukukunda düzenlenen herhangi bir hakkı kısıtlayıcı mahiyette yorumlanmamalıdır (AİHS 53. madde).

Hukuka uygunluk ilkesi

Avrupa Konseyinin kurucu ideallerinden birisi olan hukuka uygunluk ilkesi (veya hukukun üstünlüğü), yürütme ve idare yetkilerinin keyfî kullanımına karşı devletin iş ve işlemlerinin etkin resmî hukuki sınırlamalara tabi olması gerektiğini öngörmektedir. Bu değerin önemi Sözleşme metninin çeşitli yerlerinde farklı şekillerde ifade edilmiştir. Mesela, 2. maddenin 1. fıkrasında "herkesin hayat hakkı kanunla korunur" denirken 5. maddede düzenlenen kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı "kanunun öngördüğü usule uygun" olmak kaydıyla belirli meşru sınırlamalara tabidir. 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı "kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" tarafından yapılacak yargılamaya atıf yapmakta ve 7. madde kanunsuz suç ve cezayı yasaklamaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, 8 ila 11. maddelerin ikinci paragraflarında yer alan *ve özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne* getirilebilecek sınırlamalar "kanunla düzenlenmiş" veya "kanuna uygun" olmak ve "demokratik bir toplumda gerekli olmak" şartlarına bağlanmıştır. 12. madde, "bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal kanunlara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkı"nı düzenlemektedir.

"Kanun" ile neyin kastedildiğini tayin etmek, bu sebeple Strazburg kurumlarının temel görevlerinden biri hâline gelmiş ve 8-11. maddelerle ilgili bir dizi kararında Mahkeme, bunu ortaya koyacak dört soruluk tabiri caizse bir test geliştirmiştir: İç hukuk sistemi, ihlale yaptırım öngörmekte midir? Vatandaşların ilgili hukuki düzenlemeye erişimi var mıdır? Hukuki düzenleme, vatandaşların herhangi bir eylemin sonuçlarının ne olabileceğini makul bir şekilde öngörmesine elverecek kadar açık mıdır? Kanun, ilgili hakkın özüne yapılabilecek keyfî müdahalelere karşı yeterli güvence sağlamakta mıdır? Bu çabanın açık sonucu, ulusal yürütme ve idare makamlarının takdir haklarının ulusal mahkemelerin takdiri lehine

daraltılmasıdır. Ne yazık ki takdir payı mefhumu, bu ince sorumluluk paylaşımını yansıtamayacak kadar genel geçer mahiyettedir. Strazburg kurumlarının "meseleyi ulusal yargı yetkisine bırakma" tutumunun çeşitli sonuçları vardır. İlk olarak, "kanun"un neye karşılık geldiği devletlere göre farklılık göstermektedir. Bu bağlamda iç hukuk düzenlemeleri yalnızca mevzuattan ibaret kalmamakta, özellikle müşterek hukuk sisteminde görülen içtihat hukuku, ilgili devlete uygulanabilir olan uluslararası hukuki yükümlülükler ile kraliyet kararnameleri, olağanüstü hâl kararnameleri ve kanuna dayanan çeşitli tüzük benzeri iç düzenlemeler de bu manada değerlendirilmektedir. İkinci olarak, ulusal bir mahkemenin maddi hata yaptığını öne süren başvuruların Sözleşme bakımından kabul edilemez olduğu hususu, Sözleşme'nin kabulünün üzerinden çok kısa bir süre geçmesiyle açık olarak anlaşılmıştır. Üçüncü olarak, bir değerlendirme yapmak için en uygun konumda olduklarını dikkate alarak, Mahkeme ve Komisyon, ulusal yargı makamlarına iç hukukun yorumlanması ve o ülkenin yasama usullerine uyulup uyulmadığına karar verilmesi bakımlarından geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Dördüncü olarak, herhangi bir kanundan beklenen açıklık derecesi somut konuya göre değişebilecek olup bir eylemin doğuracağı sonuçları tahmin etmek için uzmanlardan tavsiye almanın gerekebileceği kabul edilmektedir. Her ne kadar, yürütme ve idare makamlarına tanınan yetkinin sınırı ilgili kanun metninden daha çok idari ilke ve talimatnamelerde bulunabilecek olsa da bu makamlara takdir yetkisi tanıyan kanunlarda bu yetkinin kapsamı gösterilmelidir. Strazburg kurumları, bu gerekliliğin özellikle yürütmeye geniş bir takdir yetkisinin verildiği ve bilhassa bunun gizli bir şekilde kullanıldığı durumlarda gözetilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Mesela, bir dizi davada, kişilerin gizli olarak takibe alınmasının madde 8.2'de öngörülen bazı istisnalar doğrultusunda uygun olabileceği ancak keyfî olarak kişilerin hedef alınmasını veya "balık tutmak" olarak tabir edilen rastgele tarama yapılmasını önlemeye yetecek etkin bir güvence sağlayan (yargısal olmak zorunda olmamakla birlikte) resmî bir denetim mekanizmasının bulunması gerektiğine karar verilmiştir. Buna karşılık, bu tür durumlarda yargısal denetim öngören daha açık bir düzenleme olması ve bunun olmadığı hâllerde davalı devletin nedenini açıklamasının istenmesi gerektiği de savunulabilir.

Meşru amaç

İkinci test, ilgili maddenin kendisinde hakların sınırlanması için meşru olarak tanınan sebepler veya amaçlara dayanarak müdahalenin gerekçelendirilebilmesi etrafında şekillenmektedir. Ulusal güvenlik, kamu düzeni veya emniyeti, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kargaşa ve suçun önlenmesi ve genel sağlık ve ahlakın korunması bunlardan bazılarıdır (bk. şartlı hakların sınırlama fıkraları). Müdahalenin hukuka uygunluğunu ortaya koyabilmek için, devletin, müdahalenin söz konusu maddede sayılan bir veya daha fazla sebeple uygun görüldüğünü

gösterebilmesi gerekmektedir. Ancak iş burada bitmemekte, devletin yalnızca müdahalenin bir gerekçesi olduğunu ispatlaması yetmeyip ilave olarak bunun demokratik bir toplumda gerekli olduğunu da ispatlaması gerekmektedir.

Gereklilik

Üçüncü test, bireyin hakları ile devletin veya toplumun menfaatleri arasında bir denge kurulmuş olmasını aramaktadır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için idarenin, iş ve işlemlerini, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması yönünden gerekçelendirmesi gerekmektedir.

Mahkeme, "gerekli" kavramının "vazgeçilemez" anlamına gelmediğini ancak "makul" veya "arzu edilir" olarak da anlaşılamayacağını ortaya koymuştur. Bu kavramla anlatılan, hakkın sınırlandırılması için yoğun bir toplumsal ihtiyacın varlığıyla beraber bu yoğun toplumsal ihtiyacın da demokratik bir toplumun gerekliliklerıyle örtüşmesi ihtiyacıdır. Böyle bir toplumun temel özellikleri, hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirli olmaktır. Bireysel menfaatlerin, zaman zaman hissedilen çoğunluğun menfaatleri karşısında geriye bırakılması gerekse de demokrasi, çoğunluğun görüşlerinin her zaman galip gelmesi olarak da basitleştirilemez: Azınlıkların adil ve uygun bir muamele görmesini sağlayan ve üstün konumların kötüye kullanımını önleyen bir dengenin kurulması gerekmektedir.

Orantılılık ilkesi

Etkili koruma ilkesinin bir bakıma ikinci benliği konumundaki orantılılık ilkesi, Mahkemenin, Sözleşme'nin ele aldığı farklı mefhumlar, normlar, menfaatler ve haklar arasındaki ilişkileri belirlediği içtihadının tamamı üzerinde etkili olmuştur. Sözleşme metninde hiç geçmiyor olmasına karşın, tamamıyla meşru bir yargısal varlık olduğu da inkâr edilemez. Bu kavramın ne manaya geldiği konusundaki tartışma çoğunlukla 8.2-11.2 maddelerdeki hakların sınırlandırılması bağlamında gerçekleşmiştir.

Bir hakka yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığına karar verilirken, söz konusu hak üzerinde doğan etki ve müdahalenin gerekçeleri, başvurucu üzerindeki etki ve müdahalenin bağlamı ele alınabilecektir. Müdahalenin gerekçesiyle ilgili olarak özellikle önem arz eden iki unsur, yerel bilgi ve yarışan politika hedeflerinin objektif olarak tartılmasının zorluğudur. Ancak müdahalenin orantılı olduğunu ispat yükünün taraflardan hangisi üzerinde olduğu her zaman net değildir. Devletin müdahaleyi açıklamakta ispat külfetini üstlenmesinin öncelik olduğunu ifade etmek üzere Mahkeme ve Komisyon tarafından değişik zamanlarda farklı kalıplar kullanılmıştır. Mesela, müdahalenin gerekçeleri "ilgili ve yeterli" olmalıdır; sınırlamanın gerekliliği "ikna edici şekilde tespit edilmiş" olmalıdır; "istisnalar çok dar olarak yorumlanmalıdır" ve

	"müdahale 'yoğun bir sosyal ihtiyaç' ile gerekçelendirilmelidir". Bu hâl aslında ulusal takdir yetkisini sınırlasa da somut davanın vakaları ve ilgili ülkedeki hâkim durum bu yetkiyi uygulamada genişletebilmektedir. Diğer taraftan, başka kararlarda haklar ile istisnalar arasında bir "denge" kurulmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.
Slayt 7	AİHS, üye devletlere belirli hakları koruma yükümlülüğü getirirken bu yükümlülüğü tam olarak nasıl yerine getirmeleri gerektiği konusunda sessiz kalmıştır. Sözleşme'de düzenlenen hakları güvence altına alırken devletlerin bir takdir yetkisi söz konusudur. Sözleşme'deki hakların korunması için hangi tedbirleri alacakları kararı bir ölçüde devletlere aittir. AİHS ile güvence altına alınmış olan değişik hakların çakışması durumunda hangi hakka öncelik verileceğini belirlemek konusunda taraf devletlerin bir dereceye kadar takdir hakları vardır. Aynı şekilde, "ulusal güvenlik" (örneğin 8. maddenin 2. fıkrasındaki) gibi kavramların kendi yargı yetkileri içinde ne manaya geldiğini veya neyi "demokratik bir toplumda gerekli" olarak değerlendireceklerini belirlemekte de devletlerin bir takdir yetkisi söz konusudur (Mesela 10. maddenin 2. fıkrası, demokratik bir toplumda gerekli olması şartıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin vermektedir.). Sıklıkla böyle kavramların yorumlanması veya çakışan iki haktan hangisinin önceleneceğine karar vermek değer yargılarını gerekli kılmaktadır. Ulusal makamlar ve mahkemeler kendi yargı yetkileri içinde bazı değerlerin kapsam ve manasını tayin etmek konusunda daha iyi bir konuma sahiptirler. Aynı şekilde, Sözleşme'de düzenlenen hakları etkin bir şekilde nasıl gerçekleştireceklerine, bazı kavramları nasıl anlayacaklarına veya çakışan haklar arasında nasıl bir denge kuracaklarına da kendileri karar vermelidir. Mahkeme, takdir yetkisi doktrinini, Handyside-Birleşik Krallık (10. madde) Davası'nda geniş bir şekilde açıklamıştır. **Davanın özeti** Başvurucu, Temmuz 1971 tarihinde, "Küçük Kırmızı Okul Kitabı" (*The Little Red Schoolbook*) isimli kitabın İngilizce dilinde hazırlanmış bir kopyasını basmak ve yaymak sebebiyle 1959 ve 1964 tarihli Muzır Yayınlar Hakkında Kanunlar uyarınca mahkûm edilmiş ve hisselerinin yaklaşık yüzde onuna el konulmuştur. İlk olarak Danimarka'da yayımlanan ve o üç Avrupa ülkesinde de çevirilerinin serbestçe yayımlandığı kitap, 12-18 yaş arası okul çocuklarına yönelik olup otoriterlik karşıtı bir üsluba sahiptir ve aleni cinsel bilgi ve tavsiyeler vermekte ve "ot" içimini teşvik etmektedir. Mahkeme, ulusal takdir yetkisinin, ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin 10. maddenin 2. fıkrasında kendilerinden beklenen "görev ve sorumluluklarını" yerine getirip getirmedikleri sorusunu içermesi gerektiğine ve bu görevlerin kapsamının mevcut durum ve söz konusu görüşlerin ifadesinde kullanılan teknik araçlara

bağlı olacağına karar vermiştir. Mahkeme, farklı Yüksek Sözleşmeci Devletlerin iç hukuklarında ahlakın tekil bir tanımını bulamamıştır, çünkü "ahlaki gereklilikler farklı zaman ve yerlerde değişiklikler göstermektedir ve özellikle bu konuya ilişkin hızlı ve kapsamlı fikir evrilmelerinin yaşandığı çağımızda bu daha belirgindir" (48. paragraf). "Ülkelerinin hayati güçleriyle" "doğrudan ve sürekli temasları" sebebiyle ahlakın, ifade özgürlüğüne getirilecek bir "sınırlama" veya "ceza" yoluyla korunması doğrultusunda hayata geçirilen bir tedbirin "gerekliliğini" takdir etmek konusunda, devlet makamlarının uluslararası bir hâkime göre daha iyi bir konumda olduğuna karar verilmiştir. Ancak orantılılık ilkesinin gereklilikleri ve yoğun sosyal ihtiyaç şartı yerine getirilmiş olmalıdır ve ulusal iş ve eylemler Avrupa denetimine tabidir. Mahkemenin, hiçbir şekilde ulusal makamların yerini alamayacak olan denetim işlevi, onu demokratik bir toplumun karakterini ortaya koyan ilkelere daha yakından bakmaya itmiştir. Bu ilkelerden biri de ifade özgürlüğüdür ve bu yalnızca memnuniyetle karşılanacak olanları değil, toplumun herhangi bir bölümüne saldırgan, şok edici veya rahatsızlık verici gelen bilgi ve fikirleri de kapsamaktadır. Aynı şekilde, Kuzey İrlanda ve İskoçya makamlarının benzer tedbirler almamaları, kitabın diğer Avrupa ülkelerinde serbest dağıtımı, İngiltere ve Galler'de pornografinin daha ciddi şekillerinin sıklıkla ve aleni bir şekilde kovuşturulmaktan kurtulması ve ilgili makamların söz konusu bölümlerin kitaptan çıkarılması şartına bağlı olarak kitabın dağıtımına kısıtlama getirmenin ötesine geçmeleri hususlarının hepsinin takdir yetkisi bağlamında değerlendirilmesine karar verilmiştir. Mahkeme, tüm bunları ve özellikle hedef okuyucu kitlesinin yaşını dikkate alarak, devletin takdir yetkisi sınırları içinde hareket ettiğine ve 10. maddenin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir.

Sözleşme, düzenlemiş olduğu hak ve özgürlüklerin korunması görevini öncelikle her bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın kendisine bırakmaktadır. (...) Farklı Sözleşmeci Tarafların iç hukuklarında tekil bir Avrupa ahlakı kavramsallaştırması bulmak mümkün değildir. Ülkelerin ilgili kanunlarında ahlaki gereklilikler konusundaki görüşler farklı zaman ve yerlerde değişiklikler göstermektedir ve özellikle bu konuya ilişkin hızlı ve kapsamlı fikir evrilmelerinin yaşandığı çağımızda bu daha belirgindir. Ülkelerinin hayati güçleriyle doğrudan ve sürekli temasları sebebiyle bu ahlaki gerekliliklerin tam olarak ne manaya geldiğini ve bunların ifade özgürlüğüne getirilecek bir "sınırlama" veya "ceza" yoluyla korunması doğrultusunda hayata geçirilen bir tedbirin "gerekliliğini" takdir etmek konularında, devlet makamları uluslararası bir hâkime göre kural olarak daha iyi bir konumdadır. (...) Bu sebeple 10. maddenin 2. fıkrası Yüksek Sözleşmeci Taraflara bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu yetki hem iç hukuktaki kanun koyucuya ("kanunla düzenlenmiş") hem de yargı mercileri de dâhil olmak üzere yürürlükteki kanunları yorumlamak ve uygulamakla görevli diğer ulusal makamlara tanınmıştır.

Ancak takdir yetkisi doktrini, devletleri canları nasıl isterse öyle davranmak konusunda serbest bırakmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin takdir haklarının sınırlarını aşıp aşmadıklarını ve Sözleşme'de düzenlenen hakların etkili bir şekilde korunmaya devam edip etmediğini denetlemektedir. Söz konusu hakka ve hakkın hayatın hangi bölümünü ilgilendirdiğine bağlı olarak (Smith ve Grady-Birleşik Krallık Davası) Mahkemenin denetim derecesi değişiklik göstermektedir. Bazı hakların -ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkı gibi- sıklıkla diğerleri karşısında tartılması gerekmekte ve bu sebeple değer yargıları için daha büyük bir alan açılarak takdir yetkisi de genişletilmektedir. Diğer bazı haklar mutlak olarak tanınmış olup bu durum bu hakların korunmasında takdir yetkisini azaltmaktadır. Bazı alanlarda ulusal güvenlik veya ekonomik gelişme gibi toplumsal menfaatler tipik olarak gündeme gelirken başka alanlarda bunlar genellikle dikkate alınmamaktadır. Bunun, takdir yetkisine etkisi söz konusudur. Mesela devletler 8. madde bağlamında konutun çevresel rahatsızlıklara karşı korunması konusunda, mahpusların işkence görmesine karşı etkili tedbirler alınmasının söz konusu olduğu davalara göre daha çok esnekliğe sahiptirler. Bir kişinin kimlik veya varlığının önemli bir unsurunun tehlikede olması hâlinde takdir yetkisi sınırlıdır (Dickson- Birleşik Krallık Davası Büyük Daire Kararı).

Slayt 8

Sözleşme'de düzenlenen hakları koruma yükümlülüğü, bazı iş ve eylemleri yasaklamaktadır (negatif yükümlülükler). Mesela, Sözleşme'ye taraf olan devletler işkenceye başvurmamalı (AİHS 3. madde), kimseyi öldürmemeli (AİHS 2. madde) ve kimseyi köleleştirmemelidir (AİHS 4. madde). Buna ek olarak, AİHS pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bu, Sözleşme'nin koruduğu hakların etkili bir şekilde kullanılması için devletlerin harekete geçmeleri ve fiilî adımlar atmaları gerekebileceği anlamına gelmektedir. Pozitif yükümlülüklerin kapsamı, genellikle bazı iş ve eylemlerden kaçınılmasını gerektiren "negatif yükümlülüklerin" alanına göre daha az nettir. Sözleşme'nin bir maddesinden kaynaklanan pozitif bir yükümlülük olup olmadığına karar verilirken, bireyin ve toplumun geniş kesiminin menfaatleri arasında adil bir denge sağlanmalıdır (Gaskin- Birleşik Krallık, 42. paragraf).

Taraf devletlerin alması gereken tedbirler şunları kapsayabilir:

1) İnsan hakkı ihlali iddia ve ihtimalleri karşısında etkili bir soruşturma yapmak. Bu yükümlülüğün temel uygulama alanları hayat hakkı ve işkence yasağıdır ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin başka maddelerinden de pozitif yükümlülükler doğduğuna karar vermiştir. Mesela, Özgür Gündem-Türkiye Davası'nda, Mahkeme, AİHS'nin 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) gazetecilere karşı tehditlere karşı etkili soruşturma yapmak yükümlülüğü doğurabileceğine karar vermiştir.

Kaya-Türkiye Davası, hayat hakkının muhtemel ihlali durumlarında

etkili soruşturma yapılması yükümlülüğüyle ilgilidir. Bay Kaya güvenlik güçlerince öldürülmüştür. Ölüm sebepleriyle ilgili farklı beyanatlar bulunmaktadır. Maktulün kardeşi olan başvurucu, Bay Kaya'nın, bir komşularının gözaltına alındığını gördüğünü iddia etmiştir. Kendisinin gözaltına alınacağı korkusuyla kaçmaya başlamış ve kovalama esnasında güvenlik güçlerince vurulmuştur. Hükûmet, Bay Kaya'nın güvenlik güçlerine saldıran terörist bir grubun mensubu olduğunu ve meşru müdafaa kapsamında öldürüldüğünü öne sürmüştür. Mahkeme, kendisine sunulan delillerin Bay Kaya'nın öldürülmesiyle AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar verebilmek için yeterli olmadığına karar vermiştir. Ancak, Mahkeme, Sözleşme'de düzenlenen hakları koruma yükümlülüğüyle (AİHS 1. madde) birlikte ele alındığında AİHS 2. maddenin, devlet görevlilerince bir kişinin öldürüldüğü durumlarda etkili bir resmî soruşturma yapılması yükümlülüğü doğurduğunu da ortaya koymuştur. Mahkeme, Türkiye'de soruşturmanın yürütülmesinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısının, yalnızca güvenlik güçleri mensuplarının ifadelerine dayanarak ve başka delil toplamaksızın Bay Kaya'nın bir terör saldırısı esnasında öldürüldüğü neticesine vardığına işaret etmiştir. Bu sebeple Mahkeme, Türkiye'nin etkili bir soruşturma yapmadığına ve 2. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

Mahkemenin, 3. maddeyle ilgili olarak etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü ele aldığı davalara örnek olarak Jasar-Makedonya Davası gösterilebilir.

2) Yeni kanunlar kabul etmek veya mevcutlarda değişiklik yapmak. Taraf devletlerin Sözleşme haklarını nasıl koruma altına alacaklarına dair takdir yetkilerinin varlığına (bk. yukarı) karşın, AİHS, Sözleşme'de düzenlenen hakların etkili bir şekilde korunması için birtakım kanunların kabulü doğrultusunda pozitif bir yükümlülük doğurabilir. X ve Y-Hollanda Davası'nda, Mahkeme, 8. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının etkili korunması konusunu ele almıştır. Başvurucu, engelli kişiler için yapılmış bir ikametgâhta yaşayan zihinsel engelli bir kızdır. Özel işletme konumundaki bu kurumun yöneticisinin oğlu, kendisini cinsel ilişkiye girmek için zorlamıştır. Vaka tarihindeki Hollanda hukukuna göre, bir kişinin zihnî engelinden cinsel menfaat elde etmek cezalandırılabilir bir suç teşkil etmemekteydi. Bununla birlikte, bir hukuk davası açmak ve tazminat kazanmak mümkündü. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, böylesi durumlarda özel hayata saygı hakkının etkili bir şekilde korunması için cezai yaptırımların gerekli olduğuna karar vermiştir.

Kudla-Polonya Davası'nda, Mahkemenin Büyük Dairesi, 6. madde kapsamındaki hızlı yargılama ile birlikte ele alındığında 13. maddenin haddinden fazla uzun yargılamalara karşı etkili bir iç hukuk yolu kurulmasını gerekli kıldığına karar vermiştir.

3) Belirli tedbirleri almak. AİHS ayrıca Sözleşme'de düzenlenen

hakların etkili bir şekilde kullanımını temin edecek fiilî tedbirlerin alınması veya işlemlerin yapılmasını da zorunlu tutabilir. Örnek olarak, Mahkeme, toplantı hakkının (AİHS 11. madde) göstericileri koruma ve barışçıl bir şekilde yürütülmelerini sağlamak yükümlülüğünü beraberinde getirebileceğini vurgulamıştır (Oya Ataman-Türkiye Kararı, 35. paragraf).

4) Kurumsal değişiklikler yapmak. Taraf devletler, kurumlarını, Sözleşme'de düzenlenen hakların etkili bir şekilde kullanımına elverecek şekilde yeniden düzenlemek yükümlülüğünde olabilirler. Örnek olarak, 6. madde makul süre içinde adil bir yargılanma hakkını düzenlemektedir. Bu hüküm yalnızca davaya bakan hâkimlerin gereksiz gecikmelere mahal vermeksizin davayı sonlandırması yükümlülüğünü doğurmamaktadır. Taraf devletler de yargı sistemine yeterli kaynağı sağlamak ve bu sistemi yargılamaların hızlı bir şekilde sonuçlanmasını mümkün kılacak şekilde yapılandırmak mecburiyetindedir (Bottazzi-İtalya, Salesi-İtalya).

Slayt 9

Birleşik Krallık-Osman Davası, devletin pozitif yükümlülüklerini nasıl bir çerçeveye oturtmamız gerektiğini anlamakta bize yardımcı olmaktadır. Dava 2. maddenin ihlali iddiasını içermekte olup Mahkemeye 2. madde davalarında uygulanabilecek bir test geliştirme imkânı vermiştir. Dava, Strazburg Mahkemesine, başvuruculardan birisinin öğretmeni olan Paget-Lewis isimli kişi tarafından öldürülen maktulün bir aile ferdi tarafından getirilmiştir. Davalarının esası, Paget-Lewis'in, bu ailenin fertlerinin can güvenliğine yönelik ciddi bir tehdit oluşturduğuna dair bir dizi işaret bulunmasına karşın ilgili devlet görevlilerinin bu işaretleri fark edemedikleri ve gereken tedbirleri almadıkları iddiasıdır.

Davanın vakaları her zamanki gibi önem arz etmektedir. Bunları özetlemeye çalışalım. Silahlı saldırı 1987 yılı Mart ayında gerçekleşmiş ve konunun arka planını oluşturan hadiseler, bir sene önce öğretmenin, ailenin küçük çocuklarından birisi olan Ahmet Osman'a karşı duygusal bir bağ geliştirmesiyle başlamıştır. Öğretmen, Ahmet'i eve kadar takip etmeye ve rahatsızlık vermeye başlamıştır. Okul müdürü nezdinde resmî bir şikâyette bulunulmuştur. Okul idaresi, kendisinin ileri derecede gerçekten kopuk ve muhakeme ve profesyonellik eksikliği ile malul olduğu kanaatindedir. Okul idaresi polise bir raporla başvurmuş ve 1987 yılı Mart ayı içerisinde bir polis memuruyla dört farklı toplantı yapmıştır. Memur bunlardan hiçbirini kayda geçirmemiş ve bir rapor da düzenlememiştir. Bunun ardından okulda konuyla doğrudan alakalı bir duvar yazısı hadisesi yaşanmıştır. Bir sonraki gelişme, söz konusu çocuğa ait okul dosyalarının bürodan çalınması olmuştur. Ardından, Paget-Lewis tek taraflı ilan ile ismini Paul Osman olarak değiştirmiştir. Okul müdürü bunun üzerine polis memurlarıyla bir toplantı daha yapmış ve ilgili eğitim idaresini de ikaz etmiştir. Alanında uzman bir psikiyatr, öğretmenin

danışmanlık ve psikoterapi almasını önermiştir. Sonraki dönemde aile konutunun camı bir tuğlayla kırılmış ve arabalarının lastikleri kasten patlatılmıştır. Her iki olay da polise bildirilmiş ancak kayda geçirilmemiştir. Bunun ardından öğretmen okuldan ayrılmış ve bir daha dönmemiştir. Eğitim idaresi çocuğa yönelik profesyonellik dışı davranışları nedeniyle kendisini uzaklaştırmıştır. Takip eden aylarda ailenin konut ve araçlarına zarar veren suçlar işlenmiş ve hepsi polise bildirilmiştir. Bir hadisede polis, Paget-Lewis'in ifadesine başvurmuştur. Ardından Paget-Lewis'in arabası daha önceki hadiselere karışmış olan bir aile dostunun arabasıyla çarpışmıştır. Paget-Lewis, polis tarafından resmî olarak ikaz edilmiştir. İlgili ailelerin polis koruması altına alınacağına dair bir polis kaydı oluşturulmuştur. Bir polis memuru, Paget-Lewis'e karşı gerekenin yapılacağı konusunda kendilerini temin etmiştir. Ancak yapılan resmî değerlendirme neticesinde mala zarar verme suçundan kendisini kovuşturmaya yetecek kadar delil olmadığına karar verilmiştir. Ardından, Paget-Lewis'in çılgınca bir şeyler yapma tehdidi savurması üzerine eğitim idaresinin görevlilerince savunması alınmıştır. Kritik dönemlerde, polis, Paget-Lewis'in aileye yönelik belli belirsiz tehditlerde bulunduğundan ve okul idaresinin çok endişeli olduğundan haberdardır. Araba kazası ve mala zarar verme suçlarının şüphelisi olarak resmî manada "aranılmaktadır". Silahlı saldırıdan yaklaşık altı hafta önce park hâlindeki bir araçtan bir silah çalmış ve iki namluyu da testereyle kesmiştir. Polis bu hırsızlık olayıyla onun arasında bir bağlantı kurmamıştır. Silahlı saldırıdan önceki hafta boyunca üç farklı zamanda aile, polise, Paget-Lewis'in ev yakınlarında bulunduğunu ve başında siyah bir kask bulunduğunu bildirmiştir. Söz konusu tarihte, 7 Mart 1988'de, Osman ailesinin babasını silahla vurarak öldürmüş ve ilgisinin yoğunlaştığı çocuğu da ciddi olarak yaralamıştır. Daha sonra olaya dâhil olan diğer ailelerden birinin evine gitmiş ve evin oğlunu öldürüp babayı yaralamıştır. Ertesi gün polis tarafından yakalanmış ve yakalama esnasında polise "Beni neden durdurmadınız? Ciddi bir şey yapabileceğimi biliyordunuz." demiştir. Daha sonra iki kişinin öldürülmesiyle yargılanmış, düşük cezai sorumluluk savunması yapmış ve yargılama sonunda güvenlikli bir akıl hastanesinde tutulmasına karar verilmiştir.

Strazburg Mahkemesi, kararında, ilgili devlet görevlilerinin bir kişinin hayatını korumamalarının -bir kişiyi öldürmeleriyle kıyaslanarak- 2. maddenin ihlali anlamına gelebileceği temelinden hareket etmiştir. Mahkeme, "Sözleşme'nin 2. maddesinin, bazı iyi tanımlanmış hâllerde yetkili makamlara, bir başka bireyin suç teşkil eden hareketleri sonucunda hayatını kaybetme tehlikesi altında bulunan kişileri korumak üzere önleyici tedbirler alma yükümlülüğü getirebileceğini" tekrar vurgulamıştır. Eldeki dava kapsamında pozitif yükümlülüğün kapsamını tayin ederken Mahkeme "Böyle bir yükümlülük, günümüz toplumlarında asayişi sağlamaktaki zorlukları, insan davranışlarının öngörülemezliğini ve öncelikler ve kaynaklar doğrultusunda yapılması gereken operasyonel tercihleri dikkate alarak ve yetkili makamlara imkânsız veya orantısız bir

külfet yüklemeksizin yorumlanmalıdır" açıklaması getirmiştir.

Kolluğun suçu önleme yetkilerini, masumiyet karinesi dâhil olmak üzere hukukun üstünlüğü ve usulün sınırları içinde kullanması gerektiğini dikkate alarak, Mahkeme şu testi geliştirmiştir:

"Mahkemenin kanaatine göre, yetkili makamların yukarıda bahsedilen kişilere karşı suçu önleme ve durdurma görevleri kapsamında yer alan hayat hakkını korumak konusundaki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiklerinin iddia edildiği davalarda; yetkili makamların, üçüncü bir şahsın suç teşkil eden fiilleri neticesinde belirli şahıs veya şahısların hayatlarının gerçek ve yakın bir tehdit altında olduğunu tehdit esnasında bildikleri ve makul bir değerlendirme neticesinde görevleri olduğuna karar verilecek işleri yapmayarak tedbir almadıkları hususları açık bir şekilde tespit edilmelidir." Bu testi somut davaya uygulayan Mahkeme, olayların gelişim zincirinde, polisin, Osman ailesinin hayatlarının Paget-Lewis tarafından gerçek ve yakın bir tehdit altında olduğunu bildiği veya bilmesi gereken net bir noktanın tespit edilemeyeceği kanaatine varmıştır. Bu sebeple, 2. maddenin Birleşik Krallık tarafından ihlal edildiğine karar verilemez.

Slayt 10

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha önceki kararlarıyla resmî olarak bağlı olmamakla birlikte, ciddi sebepler olmaksızın içtihadını değiştirmemenin hukukun güvenilirliği ve kararların öngörülebilirliği bakımından önemli olduğuna hükmetmiştir. Diğer yandan Mahkeme, AİHS'nin "yaşayan bir araç" olduğunu vurgulamıştır. Sözleşme'de düzenlenen haklar, uygulanabilir ve etkili olabilmeleri için günümüz koşulları ışığında yorumlanmalıdır. Toplumsal, teknolojik ve bilimsel değişiklikler, insan hakları alanındaki standartların evrimleşmesi ve ahlak ile etik konusundaki görüşlerde gerçekleşen değişimler Sözleşme'yi uygularken dikkate alınmalıdır.

Evirici yorum ilkesinin uygulanması sayesinde Sözleşme, tüm uzak görüşlülüklerine rağmen kendisini kaleme alanların hayal edemeyecekleri toplumsal ve teknolojik gelişmeler karşısında uyum sağlama kabiliyeti göstermiştir. Sözleşme, toplumla birlikte gelişebileceğini göstermiş ve bu manada Sözleşme'de yer alan kurgu geride kalan elli yıl boyunca kıymetini göstermiştir. Sözleşme, canlı ve modern bir araç olarak kalmayı başarmıştır.

Bu dinamik yorum ilkesi, ilk olarak ceza davalarında dayak cezasının uygulanmasına ilişkin olarak ortaya konulmuş ancak en yaygın biçimde ifade edildiği şeklini 8. madde bağlamında kazanmıştır. Aslında bu, yalnızca özel hayat ve aile hayatı, iletişim ve konut gibi 8. madde ile güvence altına alınan menfaatlerin genişliği sebebiyle değil, bu menfaatlerin toplumdaki değişikliklerden en çok etkilenen menfaatler ailesi olması bakımından da şaşırtıcı değildir. Dinamik bir araç bünyesinde, 8. madde en esnek hüküm

olarak öne çıkmıştır. Bu sebeple çocukların bakımı, bir katı atık yönetim planının verdiği rahatsızlık, planlama konuları, uçak gürültüsü, transseksüellerin hakları, okullarda dayak cezası, bir yere başvuran kişinin kamu makamları nezaretinde geçirdiği günlerine dair kayıtlar, bir çocuğun isim tercihi, göç kanunlarının uygulanması, tıbbi kayıtların açıklanması ve daha birçok konudan müteşekkil uzun bir konular listesini kapsar hâle gelmiştir. Bu sebeple 8. madde ile korunan menfaatlerin potansiyel genişliği, Mahkemenin bu alandaki içtihadını geliştirerek modern dünyaya ayak uydurabilmesi bakımından bir avantaj olmuştur. Bununla birlikte, hükûmetlerin Sözleşme kapsamında kendilerinden net olarak ne beklendiğini tespit edebilmeleri bakımından da bir tür dezavantaj olarak ortaya çıkmıştır. Bu giderek artan bir şekilde böyledir çünkü 8. maddeyi ilgilendiren erken tarihli kararlarından birinde Mahkeme, korunan menfaatlere keyfî müdahaleden kaçınma yükümlülüğünün yanı sıra devlet makamlarının bu menfaatlerin etkin bir şekilde korunması için pozitif yükümlülükler altında olabileceğini hükme bağlamıştır. Bu dava (Marckx-Belçika) evlilik dışı doğan bir çocuğun statüsü hakkındadır. Mahkeme, aile hayatına saygının, çocuğun özellikle doğum anından başlayarak ailesiyle bütünleşmesine imkân verecek hukuki güvencelerin iç hukukta bulunmasını mecbur kıldığını kaydetmiştir. Dahası, böylesi pozitif yükümlülükler, kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde de özel hayata saygı hakkını koruyacak tedbirlerin alınmasını gerektirebilir. Transseksüellerin hakları konusundaki bir dizi dava, Sözleşme'nin evirici yorumlama sürecine ışık tutmaları bakımından ilgi çekici olmuştur. Başvuruculaların şikâyetlerinin esası, davalı devletlerin başvurucular aleyhine işleyen bir sistemin, doğum kayıt sisteminin, değiştirilmesi konusunda pozitif adımlar atmamış olmalarıdır.

Mahkeme genelin menfaati ile bireyin menfaatleri arasında adil bir denge kurmak şeklindeki her zamanki uygulamasını gerçekleştirmiştir. Geçtiğimiz yıla kadar, küçük ve zayıf bir çoğunlukla ve vakalardan kaynaklanan bir istisna dışında, davalı devletin, doğum kayıt sistemlerini değiştirerek değiştirilen cinsel kimliğin güncellenmesi veya kayda geçirilmesine imkân vermek yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunmadığına karar vermekteydi. Ancak Mahkeme yeni cinsel kimliğin hukuken tanınmasının önünü tamamen de tıkamamıştı. Yüksek İmzacı Tarafların meseleyi sürekli değerlendirme altında tutmalarının gerekli olduğunu vurgulamıştı. 1998 yılında karara bağlanan Sheffield ve Horsham Davası'nda, transseksüelliğin artan bir şekilde toplumsal kabul gördüğünü ve operasyon sonrası transseksüellerin yaşadığı problemlerin de daha çok fark edildiğini kabul etmiştir. İçtihadını değiştirmesi gerekip gerekmediğine karar vermek için Mahkeme konunun iki boyutuna bakmıştır: bilimsel gelişmeler ve hukuki gelişmeler. Bilimsel gelişmeler konusunda, transseksüelliğin asıl doğasına ilişkin belirsizliklerin hâlen bulunduğu yönündeki görüşünü teyit etmiş ve cerrahi müdahalenin meşruluğunun zaman zaman şüpheli olduğunu tespit etmiştir. Tıp bilimi, transseksüelliğin sebepleri konusunda

şüpheleri giderecek netlikte bulguları henüz ortaya koyamamıştır. Davalı devletin itirazı, beynin cinsiyetinin, cinsiyeti belirleyecek asıl unsur olduğunu kabul etmeyişi makul değildir, denilerek reddedilemez. Hukuki gelişmeleri incelerken Mahkeme, bir insan hakları örgütü tarafından kendisine sunulan karşılaştırmalı bir çalışmayı değerlendirmiştir. Bunun, operasyon sonrası cinsiyet statüsünün hukuken tanınmasından kaynaklanan problemlere çözüm sunan ortak bir Avrupa yaklaşımı oluşturduğuna kanaat getirmemiştir. Özellikle, böylesi bir tanımanın hukukun evlilik, nesep, özel hayat veya verilerin korunması gibi başka alanlarında yansımalarının nasıl ele alınacağı konusunda ortak bir yaklaşımdan söz etmek mümkün değildir.

Ancak, 2002'de karara bağlanan Christine Goodwin Davası'nda, Mahkeme, kurulacak adil dengenin artık transseksüellerin hukuken tanınması yönünde ağır bastığı kanaatine varmıştır. Davalı devlet ve diğer taraf devletlerin dünya genelinde değişen koşulları dikkate alması ve erişilmesi gereken standartlara ilişkin gerçekleşen evrime cevap vermesi gerektiği hususlarına vurgu yapmıştır. Mahkemenin dinamik ve evirici bir yaklaşım takip etmemesi, bizzat Mahkemeyi reform ve gelişmenin önünde bir engel hâline getirme riski taşımaktadır. Bu davada Mahkeme, transseksüellikten kaynaklanan hukuki ve pratik problemlerin çözümü konusunda ortak bir Avrupa yaklaşımı bulunmamasına daha az önem atfetmiştir. Bunun yerine, gerek transseksüellerin toplumsal kabulü gerekse operasyon sonrası transseksüellerin yeni cinsel kimliklerinin hukuken tanınması lehinde süre giden bir uluslararası akımın varlığını öne çıkarmıştır. Transseksüellerin statüsündeki değişiklikler neticesinde kamu yararına herhangi bir somut veya ciddi zarar geleceği düşünülmemektedir. Bireylerin büyük şahsi bedeller ödemek suretiyle seçtikleri cinsel kimlikleri ile onurlu ve değerli bir hayat sürmelerine izin vermek adına toplumdan biraz rahatsızlığa katlanmasını beklemek makul bir beklentidir. Diğer bir ifadeyle, öne sürülen bireysel menfaat, toplumun bütünü üzerinde ağır bir külfet doğurmamaktadır.

Mahkeme, pozitif yükümlülükler konusundaki içtihadını genişletmek konusunda anlaşılabilir bir ihtiyat göstermektedir. Öncelikle Mahkemenin, ahlak konusunda açık bir evrim gerçekleştiğine ikna olmakla birlikte bu evrimin, mümkün olduğu takdirde bilimsel verilerin geçirdiği evrime dair kanıtlarla da desteklenerek, taraf devletlerin çoğunluğunun mevzuat ve uygulamasına da yansımış olduğuna kanaat getirmesi gerekmektedir. Bunun ardından Mahkeme, Sözleşme hükümlerini bu evrim ışığında yorumlayacaktır. Kanaatimce toplumda değişimi gerçekleştirmek ve ahlaki tercihler dayatmak Mahkemenin üstlenebileceği bir rol değildir.

Sözleşme'nin yaşayan bir araç olduğuna bir başka ve oldukça farklı örnek yine 2002'de karara bağlanan Stafford-Birleşik

	Krallık Davası'nda görülebilir. Bu davada Mahkeme, Birleşik Krallık'ta cinayet davalarında verilen müebbet hapis cezasının hayat boyu geçerli olduğu, bu sebeple şartlı salıverilmenin ardından kişinin tekrar tutuklanmasının ilk mahkûmiyet kararı temelinde gerekçelendirilmiş olduğu ve yeni bir yargısal sürece gerek olmadığı şeklindeki görüşünü tekrar ele almıştır. Mahkeme, ilginç bir çift taraflı süreç örneği olarak müebbet hapis cezaları konusunda İngiltere mahkemelerinin değişen tutumunu dikkate almıştır. Bu süreçte, âdeta bir yargısal ozmoz yaşanırcasına iç hukuk sistemindeki gelişmeler Strazburg'u etkileyerek içtihadını değiştirmesine yol açmakta ve bunun neticesi olarak ulusal düzeyde bir konsolidasyon/bütünleşme doğmaktadır. Başvurucu Stafford cinayetten hüküm giymiş ve hükmün ceza niteliğindeki kısmını tamamladıktan sonra şartlı olarak salıverilmiştir. Daha sonra bu olayla bağlantısı olmayan ve şiddet içermeyen bir kabahatten ötürü suçlanmış ve hüküm giymiştir. İkinci hüküm gereği hapis süresini tamamladıktan sonra birinci müebbet cezasının devamı olarak alıkonulması Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlali olarak görülmüştür. Açıkçası Mahkeme, Stafford'un başvurusu ile daha önceki başvurular arasında maddi bir farklılık tespit etmemiştir. Ancak, iç hukuk düzlemindeki ciddi gelişmeleri dikkate alarak, Sözleşme'nin bugün itibarıyla uygun yorum ve uygulamasının ne olması gerektiği hususunun günümüz koşulları ışığında yeniden değerlendirilmesini teklif etmiştir. Sözleşme haklarının teorik ve hayali değil uygulanabilir ve etkili bir karakter almasını sağlamak için bu bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Bu sebeple Mahkeme, davalı taraf devletin iç hukuk düzeninde değişen koşullar ve dikkate alınabilecek mutabakatları dikkate almıştır. Mahkeme, başvurucunun mahpusluğunun devamı ile cinayet için giydiği ilk hüküm arasında yeterli illiyet bağı bulunmadığına karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, başvurucunun salıverilmesi ile ilgili kararı verme yetkisinin, yürütmenin bir mensubuna, Şartlı Tahliye Kurulunun teklifini reddedebilecek konumdaki İçişleri Bakanına verilmesinin 5. maddenin 4. fıkrasını ihlal ettiğini de hükme bağlamıştır. Bir diğer ifadeyle, başvurucunun mahpusluğunun devamının hukuka uygun olup olmadığı, kendisinin salıverilmesine karar verme yetkisi olmayan bir organ tarafından ve gerekli yargısal teminatların bulunmadığı bir sistem içinde ele alınmıştır.
Slayt 11	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hukuki mefhumları AİHM özerk olarak yorumlamaktadır. Sözleşme'de yer alan terimler, bir taraf devletin hukuk sistemi içinde farklı bir kapsama sahip olabilirler ancak Mahkeme bu terimlerin yerel yargı sistemleri için ne manaya geldiği ile kendisini bağlı görmemektedir. Bu sebeple Sözleşme'nin sağladığı koruma, ulusal hukukun sağladığı korumadan daha geniş bir kapsama sahip olabilir. Mesela, aile hayatı kavramı (ve devletin buna saygı duyma yükümlülüğü) bir üye devletin kanunlarına göre "aile" teşkil etmeyen birlikte yaşama türlerini de kapsayacak şekilde geniştir.

Bu, üye devletlerin, AİHS'de kullanılan mefhumları kendilerince tanımlayarak Sözleşme haklarını sınırlandırmalarının ve uluslararası yükümlülüklerinin etrafını dolanmalarının önüne geçmektedir. Örnek: Kostovski-Hollanda Davası'nda muhbirler, polise ve bir sorgu hâkimine, başvurucunun bir hırsızlık vakasına karıştığı yönünde ifade vermişlerdir. Muhbirler kimliklerinin gizli kalmasını istedikleri için duruşma esnasında ifade vermemişler ve başvurucuya onları doğrudan sorgulama imkânı verilmemiştir. Bunun yerine, muhbirlerin ifade verdikleri polis memuru ve sorgu hâkimi ifade vermişler ve muhbirlerin kendilerine söylediklerini tekrar etmişlerdir. Hüküm giymesinin ardından başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d) bendine dayanarak aleyhine yapılan tanıklığa karşı çıkma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hollanda hükûmeti, Hollanda usul kanunlarına göre polis memuru ve sorgu hâkiminin tanık konumunda olduklarını ve duruşmada da ifade verdiklerini, bu kişileri sorgulama imkânı bulduğu için başvurucunun söz konusu hakkının ihlal edilmediğini öne sürmüştür. Mahkeme bu savunmayı reddetmiştir. Kimin tanık olduğu hususuna iç hukuk temelinde cevap verilemeyeceğine ve bu terimin özerk olarak yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir. Bu özerk yorumu uygulayan Mahkeme, tanık olarak başvurucunun olaya karıştığı bilgisini veren kişilerin dinlenebileceğine hükmetmiştir.

Aktivite: Katılımcılara A Çalışma Metni'ni dağıtınız ve AİHS'nin 6. maddesinin uygulanabilir olup olmadığını tartışmalarını isteyiniz.

Genel olarak katılımcılar; Alex, Brad ve Charles'a uygulanan yaptırımların cezai değil disiplinel olduğunu ve bu sebeple 6. maddenin uygulanamayacağını söyleyeceklerdir. Bu noktanın dile getirilmemesi hâlinde eğitici bu tartışmanın başlamasını sağlamalıdır.

Bu davayı (11 ve Diğerleri-Hollanda) karara bağlarken Mahkeme, bir eylemin 6. madde anlamında suç oluşturup oluşturmadığını tespit etmek üzere üç aşamalı bir yaklaşım geliştirmiştir: Öncelikle ulusal hukuk ve makamlarca yapılan tasnifi inceleyecektir. İkinci olarak Mahkeme, eylemin tabiatını inceleyecek ve üçüncü olarak söz konusu kişinin suçlu bulunması hâlinde verilecek cezanın doğasını ve ağırlık derecesini değerlendirecektir. İkinci ve üçüncü Engel kıstasları alternatif olup toplu olarak ele alınmaları şart değildir. Diğer bir ifadeyle, Mahkeme bir eylemin "suç" teşkil edip etmediğine ya eylemin doğasına ya da yürürlükte olan cezaya bakarak karar verebilir. Kıstasların ayrı ayrı ele alınmasının, bir "suçlamanın" bulunup bulunmadığı konusunda kesin bir kanaate varılmasına izin vermediği hâllerde toplu bir yaklaşım gerekebilir. Engel Kararı'nda Mahkemenin geliştirdiği yaklaşım, taraf devletlerin yerel tasnif gerekçesine dayanarak çeşitli idari ve

disiplin suçlarına dair yargılamalarda 6. maddeden kaynaklanan güvenceleri ortadan kaldırmalarına engel olmaktadır. Devletlerin, ceza ve disiplin hukukları arasında bir ayrım yapmaya elbette hakları vardır ancak Mahkemenin bu ikisi arasındaki çizginin 6. maddenin ruh ve amacına aykırı olmadığı konusunda ikna edilmesi gerekmektedir.

Mahkemenin Vardığı Sonuç:
Başvurucular Charles ve Durango'ya uygulanan yaptırımlar (nezarete alınma ve ağırlaştırılmış tutukluluk) AİHS bakımından cezai yaptırımlar olarak değerlendirilmiş ancak hafif gözaltı bu kapsama dâhil edilmemiştir.

Slayt 12

Hakların etkililiği

Orada okuduğunuz cümle, bu ilkeyi özetlemekte olup Mahkeme'nin temel kararlarından birisinden aynen alınmıştır. Bu ilkenin ne olduğunun tam olarak anlaşılması için eğitici, bu cümlenin yer aldığı kararın incelenmesini tavsiye edecektir.

Davanın vakaları şöyledir:
Bayan Airey, mütevazı bir aileden gelmektedir ve genç yaşta mağaza asistanı olarak çalışmaya başlamıştır. Mahkemeye başvurduğu esnada devletten işsizlik yardımı almaktadır. Bir önceki çalışması esnasında yaklaşık 39.99 pound net haftalık ücret almaktadır. Bayan Airey, kocasının bir alkolik olduğunu ve evlilikleri süresince kendisini sıklıkla fiziki şiddetle tehdit ettiğini ve zaman zaman kendisine şiddet uyguladığını iddia etmiştir. Başvurucu tarafından başlatılan sürecin ardından Bay Airey, yerel mahkeme tarafından kendisine saldırmaktan suçlu bulunmuş ve para cezasına çarptırılmıştır. Takip eden haziran ayında kendisi aile konutunu terk etmiş ve bir daha asla oraya dönmemiştir ancak Bayan Airey, kocasının şimdi bunu isteyebileceğinden korkmaktadır. Mahkemeye başvurmadan önceki sekiz yıl boyunca Bayan Airey, kocasıyla bir ayrılık anlaşması yapmak üzere çaba göstermiş ancak bu çabaları sonuçsuz kalmıştır. Kocası, avukatı tarafından bu amaçla hazırlanan belgeyi imzalamayı devamlı olarak reddetmiş ve kendisinin de kocasına yaptığı iş birliği talepleri cevapsız kalmıştır. Bunun üzerine, kocasının kendisine ve çocuklarına fiziksel ve ruhsal şiddet uyguladığı gerekçesiyle adli ayırma kararı almayı denemiş ve bu maksatla birkaç avukata danışmıştır. Ancak adli yardım alamadığı ve kendisi de masrafları karşılayamadığı için kendisini temsil edecek bir avukat bulamamıştır. İrlanda'da, bazı şartlar altında butlan kararı -Yüksek Mahkemenin bir evliliğin başından itibaren butlan ile geçersiz olduğu kararı- almak mümkün olsa da evliliğin sonlandırılması için boşanma yolu bulunmamaktadır. Ancak eşler, kendi aralarında düzenledikleri hukuken bağlayıcı bir ayrılma anlaşması veya mahkemece verilecek bir adli ayırma kararı ile birlikte yaşama yükümlülüğünden kurtulabilmektedirler. Bu kararın evliliğin hukuk dünyasındaki varlığı üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu karar, davacının; zina, zalimlik ve doğal olmayan davranışlar şeklinde sayılmış olan üç evlilik suçundan birinin işlendiğine dair kanıt sunması hâlinde verilebilmektedir. Taraflar bu hususlar için tanık çağırabilecek ve dinletebileceklerdir. Adli ayırma kararı yalnızca Yüksek Mahkeme tarafından verilebilmektedir. Taraflar davalarını şahsen takip edebilirler ancak hükûmetin sunduğu istatistiklere göre bugüne kadar hiç kimse böylesi karmaşık bir süreçte kendi kendini temsil etmemiştir. Dava sahibinin nizalı bir yargılamada avukat ile temsil edilmesi hâlinde katlanması gereken masraf 800-1200 pound civarındadır (ki bu miktar başvurucu çalışıyor olsaydı kazanacağının 40 katına denk gelmektedir). Kesin miktar, dinlenecek şahit sayısı ve ele alınan konuların karmaşıklığına göre değişmektedir. Davacı kadının davasının kabul edildiği hâllerde genel kaide, kocanın, makul ve usulüne uygun olarak yapılan ve net miktarı bir vergi uzmanı (*taxing master*) tarafından belirlenen masrafların tamamını ödemesine hükmedilmektedir. Başvuru esnasında İrlanda'da adli ayırma kararı için yapılan başvurular da dâhil olmak üzere hiçbir hukuk davasında adli yardım mevcut değildir. Ücretsiz adli yardımın 6. maddenin 3. fıkrasının c) bendinde yalnızca ceza yargılamaları için öngörülmüş olmasına karşın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi somut davada başvurucunun yargılanmaya ilişkin haklarının ve medeni hak ve yükümlülüklerinin tespiti için mahkemeye erişim hakkının (6. madde) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, birçok medeni ve siyasi hakkın, pozitif yükümlülükler içeren sosyal ve ekonomik sonuçları olduğunun altını çizmiştir. Aynı şekilde, mahkemelere etkili bir şekilde erişim için vazgeçilemez olduğu durumlarda adli yardımın bir hak olduğu tespit edilmiştir. Bu davada, İrlanda Yüksek Mahkemesinin karmaşık yargılama usulü, ilgili İrlanda hukuku, evliliğe dair ihtilafların duygusal boyutu ve kocasının avukatla temsil edilme ihtimali dikkate alındığında, kendi kendini temsilin etkisizliği ortaya çıkmaktadır.

Airey-İrlanda Davası'ndan bu tarafa, belirli şartlar altında dava sahibinin medeni hak ve yükümlülüklerinin etkili bir şekilde tespit edilebilmesi için adli yardımın gerekli olduğu hususu, 6. maddenin 1. fıkrasının yerleşik bir ilkesi hâline gelmiştir.

Slayt 13

İnsan onuru

Mahkemenin içtihadında sıklıkla ele alınan bir başka konu, Sözleşme'nin ruhunda yatan insan onuru mefhumudur. Bu sebeple Mahkeme, geçtiğimiz sene, devletlerin mahpus kişilerin insan onuruyla bağdaşır şartlarda tutulmasını temin etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kendisine uygulanan tedbirin yöntem ve infazı, kişinin mahpusluktan kaynaklanan olağan sıkıntı ve ızdırabını aşan bir yoğunluk ve seviyede sıkıntı ve ızdıraba yol açmamalıdır. Kalashnikov-Rusya Davası'nda, Mahkeme herhangi bir zaman diliminde aşırı kalabalık durumunu ortaya koyan şu şartların varlığını tespit etmiştir: Başvurucunun hücresinde her bir mahpusa

0.9 ila 1.9 metrekare alan kalmakta, başvurucunun hücresindeki mahpuslar sekizer saatlik dilimler hâlinde sırayla uyumak zorunda kalmakta, hücrede haşerat bulunmakta, hücredeki tuvaletler ileri derecede pis olup mahremiyete müsaade etmeyecek koşullar bulunmakta ve hücredeki bazı mahpusların bulaşıcı hastalıkları bulunmaktadır. Muamelenin amacının mahpusu küçültmek veya alçaltmak olup olmadığı sorunu değerlendirmeye alınacak bir faktör olmakla beraber, böyle bir amacın yokluğu, insanlık dışı ve alçaltıcı muamelenin varlığının ve dolayısıyla 3. maddenin ihlal edildiğinin tespitini engellemez.

İnsan onuru, 2002 yılında başka bağlamlarda da gündeme gelmişti. Yılın ilk aylarında Mahkemenin önünde karara bağlaması gereken Pretty isminde son derece hassas bir dava bulunmaktaydı. Başvurucu, motor nöron hastalığının son aşamalarında olan bir İngiliz vatandaşıdır. Başsavcılık Makamından, kendisine intihar etmekte yardımcı olması hâlinde kocasının kovuşturmaya uğramayacağı konusunda bir taahhüt almaya çalışmış ancak başarısız olmuştur. Başvurucu, talebinin bu şekilde reddedilmesinin, diğer hususların yanı sıra, Sözleşme'nin 2. maddesindeki hayat hakkının, 3. maddesindeki insanlık dışı ve alçaltıcı muamele yasağının ve 8. madde kapsamındaki özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına geldiğini iddia etmiştir. Mahkeme davayı hükme bağlarken ilk olarak Sözleşme hükümlerinin yalın manasına eğilmiştir. Bu sebeple 2. maddede düzenlenen hayat hakkı kapsamında, ölme hakkını bulamamışlardır. Aynı şekilde, 3. maddede yasaklanan insanlık dışı ve alçaltıcı muamele mefhumu da başvurucunun talep ettiği taahhüdün reddini kapsayacak şekilde genişletilememektedir. Devletin üzerinde bulunan pozitif yükümlülük, devletin hayatı sona erdirmeyi amaçlayan eylemlere yaptırım uygulamasını gerektirmektedir ve Sözleşme'nin 3. maddesinden buna ulaşılamamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, 8. maddeye ilişkin şikâyeti değerlendirirken Sözleşme'nin ruhunun insan onuru ve insan özgürlüğü olduğunu vurgulamıştır. Sözleşme tarafından korunan hayatın kutsallığı ilkesini yok saymaksızın, 8. madde bağlamında hayat kalitesi mefhumu öne çıkmaktadır. İleri tıbbi gelişmelerin daha uzun hayat beklentisi ile birleştiği çağımızda, birçok kişi, insanın şahsiyet ve kimliğiyle çeliştiği düşünülen yaşlılık veya ileri düzeyde fiziksel veya zihinsel rahatsızlıklarla yaşamaya zorlanmaktan endişe etmektedir. Bu sebeple davanın vakaları özel hayata saygı hakkına müdahale olarak değerlendirilebilir. Bu da Mahkemenin, 8. maddenin 2. fıkrası doğrultusunda böylesi bir müdahalenin gerekliliğini tayin etmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Mahkeme, devletlerin başkalarının hayat ve güvenliklerine tehdit oluşturan faaliyetlere ilişkin cezai düzenlemeler yapma yetkileri olduğuna hükmetmiştir. Bahse konu kanun, zayıf ve kırılgan konumda bulunanlar ve özellikle hayatlarını doğrudan sona erdirecek veya hayatlarını sona erdirecek eyleme yardımcı olacak fiiller karşısında akla dayalı karar veremeyecek durumda olanları korumak suretiyle hayatı teminat altına alacak şekilde tasarlanmıştır. Yardım edilen intiharlara karşı getirilmiş

genel yasakların gevşetilmesi veya istisnaların oluşturulması neticesinde doğabilecek riskleri ve muhtemel suistimalleri kendi toplumu açısından değerlendirmek her bir devletin kendisine ait bir iştir. İtiraz edilen düzenleme, demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebilecek düzenlemeler grubuna girmektedir.

Bu hassas ve zor dava, hâlihazırda yoğun hukuki, ahlaki ve bilimsel tartışmalara konu olan müdahale alanları söz konusu olduğunda Mahkemenin yaşayan araç doktrinine ihtiyatla yaklaşmasının bir başka örneğini teşkil etmektedir. Ayrıca, bizlere, yerel makamların bazı değerlendirmeleri yapmak bakımından en uygun konumda bulunmaları ve demokratik bir topluma hâkim olan ilkeler doğrultusunda ilerlemek için devletlerin bir dereceye kadar takdir yetkisini muhafaza etmeleri gerektiği bazı müdahale alanları bulunduğunu hatırlatmaktadır.

Slayt 14-15-16

AİHS'ye, kendine özgü özelliklerine ve yorumlama ilkelerine yönelik bu genel girişin ardından, şimdi kısaca bu eğitimin asıl konusu olan 6. madde üzerinde durulacaktır.

Teşekkür: Aşağıdaki bölüm, neredeyse hiç değiştirilmeden Interights tarafından yayımlanan *Manual for Lawyers-Right to a Fair Trial under the ECHR (Article 6) (Hukukçular İçin Kılavuz-AİHS (6. Madde) Kapsamında Adil Yargılanma Hakkı)* adlı çalışmadan alınmıştır. Kılavuza www.interights.org/document/106/index.html adresinden ulaşabilirsiniz.

Demokratik bir toplum için hayati önemi haiz olan 6. maddede, Sözleşme (AİHS) sisteminde merkezî bir yer tutan adil yargılanma hakkı güvence altına alınmaktadır. Bu maddenin özünde ve amacında hukukun üstünlüğünü vurgulamak vardır ki toplumlar, hukukun üstünlüğü üzerine temellendirilir ve bina edilir. Ayrıca, AİHS'nin "Giriş" bölümünde ifade edildiği hâliyle Sözleşme'ye Taraf Devletlerin sahip oldukları ortak mirasın bir kısmı da 6. maddede mündemiçtir. İstatistiksel açıdan 6. madde, AİHM'ye başvuranların en sık dayanak gösterdikleri Sözleşme hükmüdür. Dolayısıyla AİHM'nin bu hükmün uygulanmasına ilişkin içtihadının ciddi bir yekûn tutması şaşırtıcı değildir. Ayrıca, AİHM'nin içtihadı, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğu kabulüne paralel olarak yıllar içerisinde gelişim sergileyerek çok geniş yelpazede yargılama işlemlerini kapsar hâle gelmiştir. AİHS'nin diğer hükümlerinde olduğu üzere, 6. maddenin 1. fıkrasındaki kullanılan terimlerin çoğu "özerk" bir anlama sahiptir ve ulusal hukukun veya ulusal mercilerin yorumladığından farklı biçimde yorumlanabilir. Bu nedenle, 6. madde kapsamındaki adil yargılanma hakkı, ulusal seviyedeki bütün mahkeme işlemleri için geçerli değildir. Sözleşme'de kullanılan "cezai alanda yöneltilen suçlamaların esası" ve "medeni hak ve yükümlülüklerinin esası" kavramlarının her ikisi de özerktir; dolayısıyla bu kavramların içeriği ulusal hukukta kendilerine yüklenen niteliklerden farklı olabilir. Diğer bir

deyişle, ulusal hukukun bu kavramlara ilişkin kendi tasnif yaklaşımı konu hakkında belirleyici değildir; AİHM, herhangi bir yargılama konusunun "cezai" mi yoksa "medeni hak ve yükümlülükler" kapsamında mı değerlendirileceğine yukarıda anılan hüküm çerçevesinde kendi tespit ettiği kıstaslara göre karar verecektir. 6. maddenin 2 ve 3. fıkralarında yalnızca "cezai" bir suçla itham olunanlara uygulanacak ek usul standartlarına dair spesifik hükümlere yer verilirken, aynı maddenin birinci fıkrası hem "hukuk" hem "ceza" davaları için geçerlidir. Şurası da kaydedilmelidir ki 6. maddenin "cezai" kısmını dayanak göstererek AİHM'ye yapılan başvuruların çoğunluğu, çeşitli devlet mercilerince soruşturma, kovuşturma veya temyiz aşamasında uygulanan ve kişinin mahkûmiyetine neden olan usul işlemlerinin adil olmadığıyla ilgilidir.

AİHM'nin 6. madde kapsamında yapılan bir başvuruya ilişkin görevi, bir bütün olarak ele alındığında yargılamanın adil ve bu hükümde öngörülen spesifik teminatlara uygun olup olmadığını incelemektir [diğer mercilerin yanı sıra bk. Bernard-Fransa Kararı (1998)]. Burada önemli olan bir husus da şudur: AİHM'nin ulusal mahkemelerde görülen bir davayı yeniden açmak veya ulusal mahkemelerin bulgularını davanın olgularına dair kendi bulgularıyla ikame etme yetkisi yoktur. Örneğin, bir ceza davasının adil olmadığına ilişkin yapılan bir başvuruda AİHM temel olarak, başvurana, kendi görüşlerini sunma ve yanlış olduğunu iddia ettiği delillerle itiraz etme konusunda yeterli imkânın verilip verilmediği hususuna yoğunlaşacaktır. AİHM, ulusal düzeyde yargılamayı gerçekleştiren mahkemeden veya temyiz mahkemesinden farklı olarak, 6. madde kapsamında ilke olarak ulusal mahkemelerin davanın olgularıyla ilgili bulgularının tanık delillerinin yeterli biçimde yorumlanmasına dayalı olup olmadığı, delillerin ulusal ceza muhakemesi usulü bakımından hukuki olup olmadığı, hukuki bulguların taraf devletin maddi ceza hukukunun hükümlerine uygun olup olmadığı veya hükmün uygun olup olmadığı konularıyla ilgilenmemektedir. AİHM, normal temyiz usulünde bir üst derece mahkemesi olarak görülmek istemediği için bu ilkeyi "dördüncü derece" doktrini olarak adlandırmaktadır. 6. maddenin uygulanıp uygulanmayacağına dair ilk olarak bahse konu davanın esasta "medeni hak ve yükümlülükler" mi (hukuk) yoksa "cezai" kapsamına mı girdiğine bakılmaktadır. Başvuruya konu dava bu iki kategoriden birine giriyorsa madde 6(1) uygulanmaktadır. Ayrıca, davanın esası "cezai" ise 6. maddenin 2 ve 3. fıkraları da uygulanır. AİHM, 6. maddede bahsedilen "cezai alanda yöneltilen suçlama" kavramına "medeni hak ve yükümlülükler" kavramı gibi özerk bir anlam atfetmektedir. Şikâyete konu eylemin ulusal mercilerce cezalık değil de disiplin suçu olarak nitelendiği durumlarda sıklıkla tartışmalar meydana gelmiştir.

Aktivite: Bilgi Notu A'yı dağıtınız ve katılımcılardan AİHS'nin 6. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağını tartışmalarını isteyiniz.

Katılımcılar, ilke olarak 6. maddenin uygulanamayacağını, zira Alex, Brad ve Charles'a atılan suçların cezai değil disiplin suçu olduğunu söyleyeceklerdir. Eğer bu husus katılımcılar tarafından dile getirilmezse eğitici tarafından dile getirilmeli ve tartışma başlatılmalıdır.

AİHM bu konuda karar verirken, suçun cezai mi yoksa disiplin suçu mu olduğunu belirlemek için üç aşamalı bir yaklaşım sergilemiştir (11 ve Diğerleri-Hollanda Davası): AİHM ilk olarak ulusal hukuk ve ulusal merciler tarafından yapılan sınıflandırmayı inceleyecektir. İkinci olarak, suçun niteliğini, ardından ilgilinin mahkûm olması durumunda verilebilecek cezanın niteliğini, derecesini ve ağırlığını inceleyecektir. İkinci ve üçüncü Engel kıstası alternatiftir; her zaman birlikte (kümülatif) uygulanmaları gerekmez. Diğer bir ifadeyle, AİHM bir suçu yalnızca niteliği veya uygulanabilecek ceza bakımından "cezai" olarak değerlendirebilir. Her bir kıstasın ayrı ayrı tahlil edilmesiyle "cezai" bir suçun var olup olmadığına dair net bir sonuca varmanın mümkün olmadığı hâllerde kümülatif yaklaşım gerekli olabilir. AİHM'nin Engel kıstasları bağlamında geliştirdiği yaklaşım, taraf devletlerin savunmalarında idari veya disiplin suçlarına ilişkin çeşitli adli işlemlerde 6. maddenin sağladığı teminatları kaldırmak için ulusal sınıflandırma mazeretine başvurmalarını engellemek amacına matuftur. Devletler her ne kadar ceza ve disiplin hukuku ayrımına gitme hakkına sahip olsalar da AİHM, bu ikisi arasında çekilen çizginin 6. maddenin özüne ve amacına zarar vermediğine kanaat getirmek durumundadır.

Mahkemenin Vardığı Sonuç:
Başvuranlar Charles ve Durango'ya uygulanan yaptırımların (gözlem altına alınma, ağır göz hapsi) AİHS kapsamında cezai olduğu, hafif göz hapsinin ise cezai olmadığı kaydedilmiştir.

6. madde anlamında "cezai" olan suçlara ilişkin davalarda, bu hükmün koruması, ilgiliye cezai suçun atıldığı andan itibaren başlar. Ancak, bu, suç işlediği şüphesi bulunan şahsa yönelik ilk resmî ithamın yapıldığı zaman olmak durumunda değildir. Bunun yanı sıra, 6. maddenin özünde, kişiyi ceza yargılaması sürecinin tamamı boyunca koruma amacı olduğu için ve ayrıca ancak soruşturmanın ileri aşamalarında resmî ithamda bulunulabilmesinden dolayı, belirli bir davada usulün gelişiminden bağımsız olarak ceza davası açılması için bir kıstas bulunması gereklidir. Bu bağlamda, AİHM "itham"ı 6. maddenin birinci fıkrası bakımından "kişiye yetkili merci tarafından suç işlediği iddiasının resmî olarak tebliğ edilmesi" olarak tanımlamıştır. Ancak, itham, "bazı durumlarda bu iddiayı ima eden ve şüphelinin durumunu benzer şekilde önemli ölçüde etkileyen başka tedbirler biçiminde de olabilir" [Foti ve Diğerleri-İtalya Kararı (1982)].

Madde 6(1) temyiz ve hükmün kesinleşmesi de dâhil yargı sürecinin bütününü kapsamaktadır. Aynı zamanda, "cezai" suç

ithamının belirlenmesinin, ceza yargılamasından önceki veya arızi işlemlere dâhil edilmemesi gerektiği kaydedilmiştir. Bu nedenle, mahkûmiyet ve hükmün kesinleşmesi sonrasında yürütülen işlemler 6. maddenin kapsamı dışındadır [Delcourt-Belçika Kararı (1970)]. Bu hüküm; denetimli serbestlik veya kefaletle tahliye [X.-Avusturya Kararı (İkinci Daire-İD) (1961)], yargılamanın yenilenmesi [Franz Fischer-Avusturya Kararı (İD) (2003)] veya kararın kesinleşmesinden sonra hükmün incelenmesi [X.-Avusturya Kararı (İD) (1962)] başvurusunda bulunan hükümlülerle ilgili işlemlerde uygulanmamaktadır. Ayrıca, 6. maddenin birinci fıkrası, başvuranın suçu kabul etme ehliyetinin bulunmadığına dair karardan [Antoine-Birleşik Krallık Kararı (İD) (2003)], cezanın infaz edileceği kurum türü gibi konulara ilişkin ceza infazı ile ilgili kararlardan [X.-Avusturya Kararı (İD) (1977)], hükümlünün güvenlik sınıflandırmasına ilişkin kararlardan [X.-Birleşik Krallık Kararı (İD) (1979)], koşullu salıverme kararının iptaline dair kararlardan [Ganusauskas-Litvanya Kararı (İD) (1999)] veya devletin elinde bulunan sabıkalının tutukluluğunun devamına ilişkin kararlardan [Koendjbiharie-Hollanda Kararı (1990)] sonra gerçekleştirilen işlemlerde uygulanmamaktadır.

6. madde kendi başına temyiz hakkını güvence altına almamakla birlikte, kişiye ulusal hukuka göre ceza ve hukuk davalarında bu hakkın tanındığı durumlarda, 6. madde hem ilk derece hem sonraki temyiz aşamaları için geçerlidir. Maddenin nasıl uygulanacağı ise ilgili işlemlere ilişkin özel faktörlere bağlıdır. Herhangi bir aşamada 6. maddeye uygun hareket edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde, ulusal hukuk düzenindeki yargılama işlemleri bir bütün olarak dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, bir aşamadaki eksiklikler bir diğer aşamada telafi edilmiş olabilir [Fejde-İsveç Kararı (1991)]. Bu nedenle; idari davalarda, disiplin işlemlerinde veya kabahatlere dair işlemlerde, ilk derece mercinin işlemlerinde 6. maddenin gerekleri gözetilmediği hâlde sonraki aşamada bunu telafi edecek bir duruşma yapılması imkânı mevcut olabilir. Benzer şekilde, ilk derece yargılama aşamasında dava duruşmalı görülmüşse temyiz safhasında her zaman duruşma yapılması gerekmeyebilir [Ekbatani-İsveç Kararı (1988)].
6. madde, anayasa mahkemelerinin davanın esasına bakmayıp yalnızca anayasal haklara ilişkin konularla ilgilendiği ve kanunların anayasaya uygunluğunu denetlediği durumlarda, anayasa mahkemelerinin işlemlerinde uygulanmamaktadır. Ancak 6. madde, anayasa mahkemesi kararının 6. madde kapsamına giren bir uyuşmazlığın sonucunu etkileme imkânının bulunduğu anayasal işlemlerde uygulanmaktadır [Deumeland-Almanya Kararı (1986)].

Ayrıca, davanın yeniden açılmasına ilişkin yapılan ve olumsuz neticelenen başvurular da 6. madde kapsamına girmemektedir; doğrudan kişinin erişimine açık olmayan ve infazı belirli bir kamu mercisinin takdirinde bulunan olağanüstü veya özel inceleme usulü talepleri de anılan başvurulara dâhildir [Tumilovich-Rusya

	Kararı (İD) (1999)]. Buna karşın, dava yeniden olağanüstü inceleme talebi kabul edildikten sonraki mahkeme işlemleri 6. madde kapsamında olacaktır [Vanyan-Rusya Kararı (2005)]. Benzer şekilde, AİHM bir dava ile ilgili yapılan başvuru sonucunda ihlal kararı verdikten sonra ulusal mercilerin davanın yeniden görülmesi talebinin reddine ilişkin kararlar 6. madde kapsamına girmemektedir (bk. yukarıda anılan Franz Fischer-Avusturya Kararı). Şimdi, AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen spesifik teminatlara ve maddi haklara kuş bakışı bir bakalım: • Mahkemeye erişim hakkını bünyesine derceden mahkeme önüne çıkma hakkı, hukuki kesinlik hakkı ve mahkeme kararlarının uygulanması hakkı • Kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önüne çıkma hakkı • Adil yargılanma hakkı; yargılanma kavramına işlemlerin çekişmeli olması, silahların eşitliği ilkesine riayet edilmesi, işlemlerin yargılamanın aleni yapılması ve verilen kararın gerekçeli olması da dâhildir. • Makul sürede yargılanma hakkı • Masumiyet karinesi hakkı İkinci paragraftan itibaren, ceza yargılamasındaki temel savunma haklarını görebiliriz: • Yöneltilen suçlamadan "en kısa sürede" ve "anladığı bir dilde" haberdar edilme hakkı [Madde 6(3)(a)] • Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylık [Madde 6(3)(b)] • Kendini bizzat veya yasal temsilci marifetiyle savunma hakkı [Madde 6(3)(c)] • Hazırlık işlemlerinin yürütüldüğü aşamada avukata erişim konusundaki muhtemel kısıtlamalar ve avukatla gizli ve etkin iletişim konuları da bu kapsamdadır. • Tanıkları sorguya çekme hakkı-Madde 6(3)(d); buna savunma adına tanık davet etme ve iddia makamının tanıklarını davet etme ve soru sorma hakkı da dâhildir. • Ücretsiz tercüman hizmetinden yararlanma hakkı-Madde 6(3)(e)
Slayt 17	Şimdi, 6. madde kapsamındaki spesifik haklara daha yakından bakalım. 6. maddede vücut bulan teminatlar uygulama bağlamında önümüzdeki birkaç gün içinde daha derinlemesine bir tartışmanın konusu olsa da bu teminatlara bir miktar değinmek yararlı olacaktır. Şu noktanın altı çizilmelidir: Şimdi bahsedeceğimiz ilkeler, önümüzdeki birkaç gün içerisinde yapacağımız alıştırmaların temelini teşkil edecek. Şu an bunları yalnızca genel olarak ve çok detaya girmeden ele alacağız. Bununla birlikte, böyle bir girizgâh

yapmak, eğitimimizin amaçları açısından iyi bir başlangıç noktası olacaktır.

Mahkemeye erişim hakkı

Bu hak, doğrudan 6. maddenin birinci fıkrasının lafzında yer alan ve AİHM tarafından geliştirilen haklardan biridir. Mahkemeye erişim hakkı, kişinin usulsüz hiçbir yasal ve pratik engele maruz bırakılmaksızın ilgili konunun mahkeme önüne getirilmesini sağlama imkânına sahip olması anlamına gelir (bk. yukarıda değinilen Airey-İrlanda Kararı). Görüleceği üzere, bu hak mutlak, yani şartsız değildir ve hukuk ve ceza alanlarında oldukça farklı şekillere bürünmektedir. Mahkemeye çıkma hakkı ayrıca yasal işlemlerin kati olması hakkı ile hukuk kararının zamanında infazını talep etme hakkını da içerir.

AİHM'nin yorumuna göre, mahkemeye çıkma hakkı 6. maddenin 1. fıkrasında mündemiçtir ve bu hakkın bir boyutu da mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişememe; önüne getirilen hukuki ve fiilî soruları incelemeye, konuyla ilgili bağlayıcı bir karar vermeye yetkili bir mahkemeye talebini iletme imkânı bulamadığından şikâyetçi olan herkesin istinat edebileceği bir dayanaktır (bk. Le Compte ve Diğerleri Kararı). Madde 6(1), konuya bakmakla görevli mahkemenin adli işlevlerinin bulunmasını ve bağlayıcı kararlar verme kabiliyetini haiz olmasını gerektirir (bk. Benthem Davası). Dolayısıyla, mahkemeye erişim hakkı, mahkemeden karar alma hakkını da kapsar. AİHM, ulusal mahkemelerin dava dosyasını kaybettikleri ve bu nedenle karar veremedikleri bir davada ihlale hükmetmiştir [Dubinskaya-Rusya Kararı (2006)]. Bu nedenle önerilerde bulunma yetkisine sahip bir merci, madde 6(1)'in amaçları bakımından "mahkeme" kabul edilmemektedir. Ancak, şurası açıktır ki kişiyi etkileyen bütün kararların mahkemelerce verilmesi mümkün değildir; böyle bir zorunluluk, adaletin yerine getirilmesini ciddi ölçüde engelleyecektir. Buna uygun olarak, pek çok ulusal hukuk alanında medeni hak ve yükümlülükleri etkileyen kararlar idari merciler tarafından verilmektedir. AİHM, idari mercinin madde 6(1) kapsamındaki bütün teminatları sağlamadığı durumlarda bunu yapabilecek bir adli merciye başvurma olanağı bulunması gerektiğini kaydetmiştir [Albert ve Le Compte-Belçika Kararı (1983)].

Devletin, Madde 6(1) kapsamında mahkemeye etkin erişimi teminat altına alma yükümlülüğü, ücretsiz adli yardıma dair resmî bir karar verilmesi hâlinde dahi sona ermeyebilir. Bu tür davalarda adli yardım desteğinin fiilî olarak sağlanması önemlidir. 6. maddenin 1. fıkrası anlamında mahkemeye çıkma hakkı çerçevesinde, bir hukuk davasında karar verilmesinden veya sanığın ceza davasından beraat etmesinden ve bu kararların kesinleşerek bağlayıcı hâle gelmesinden sonra, kararın iptali riski bulunmamalıdır. Pek çok ülke, usul kanunlarında savcı gibi bir devlet yetkilisine işlemlerin her aşamasında kesinleşmiş mahkeme kararının fiilî veya hukuki

boyutlarıyla ilgili olağanüstü itirazda bulunma yetkisi tanımıştır. Bu ilkelerle bağlantılı olarak hukukun üstünlüğünün bir diğer temel boyutu, kesinleşmiş mahkeme kararlarını uygulama gereğidir [(Burdov-Rusya Kararı (2002), Kyrtatos-Yunanistan Kararı (2003)].

Bağımsızlık ve tarafsızlık

Bağımsızlık ve tarafsızlık birbirinden belirgin biçimde ayrı kavramlar olmakla birlikte, AİHM, pek çok davada bu özellikleri bir arada incelemiştir. Ancak, bu iki kavram, aralarındaki farkı net biçimde ortaya koymak adına bu çalışmada mümkün olduğunca ayrı olarak ele alınacaktır. Şurası kaydedilmelidir ki bir mesleki disiplin veya icra mercinin, "kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" gerekliliklerine uygun olmadığı hâllerde, bu merci tarafından verilen ve itiraz edilen kararların adli mercilerce tam olarak denetlenebilmesi kaydıyla 6. maddeye uygunluk sağlanmış olmaktadır [Buzescu-Romanya Kararı (2005)].

Kanunla kurulmuş merci

Bu ifadede öngörülen merci, kanunla belirlenmiş işlemlerin yürütülmesini müteakiben, yetkisi dâhilindeki işleri hukukun üstünlüğü temelinde karara bağlamakla görevli bir makamdır [Belilos-İsviçre Kararı (1988)]. Bu merci, bağlayıcı kararlar verebilme yetkisine sahip bulunmalıdır [Sramek-Avusturya Kararı (1984)]. Dolayısıyla, yalnızca tavsiyede bulunma yetkisi bulunan bir organ, uygulamada bu tavsiyeler yerine getiriliyor olsa dahi "mahkeme" kabul edilemez (bk. Benthem Davası). Bu merci, ülkenin genel adli mekanizmasının bir parçası olmak durumunda değildir fakat yürütme organından ve davanın taraflarından bağımsız olma, üyelerinin uygun görev sürelerinin bulunması ve ilgili davada yeterli teminatları sağlayacak adli usulün mevcut olması gibi birtakım temel özelliklere sahip olmalıdır [DeWilde, Ooms ve Versyp-Belçika Kararı (1971)]. Bir mercinin adli işlevinin yanı sıra başka görevlerinin de bulunması, o mercinin "mahkeme" olmadığı anlamına gelmez (bk. yukarıda değinilen H.-Belçika Kararı). Bu nedenle mesleki disiplin organları (H.-Belçika Kararı'nda olduğu gibi), askerî veya cezaevi disiplin mercileri (bk. yukarıda değinilen Engel Davası), arazi satış akitlerinin onaylanmasıyla ilgilenen merciler (bk. yukarıda değinilen Ringeisen Davası), toprak reformu konularıyla ilgilenen organlar [Ettl ve Diğerleri-Avusturya Kararı (1987)] ve istimlak veya zorunlu hisse alımının tazminine bakan hakem heyetleri (bk. Lithgow Davası) de dâhil çok çeşitli idari merciler veya ihtisas mercileri madde 6(1) anlamında "mahkeme" kabul edilmiştir. Öte taraftan, belirli bir uyuşmazlık konusunda bağlayıcı karar verme yetkisini haiz olsa dahi bir bakan veya hükûmet mahkeme kabul edilemez.

"Bağımsız" bir mahkeme, taraflardan ve yürütmeden bağımsız

mahkeme demektir. Ancak, genel yargı mahkemelerinin hâkimlerinin yürütme organı (pek çok Avrupa ülkesinde adalet bakanı) tarafından atanmaları, kendi içerisinde hâkimlerin bilhassa bir devlet görevlisi hakkında açılan ulusal davalarda bağımsız veya tarafsız kalamayacağı anlamına gelmez [Clarke-Birleşik Krallık Kararı (İD) (2005)]. Bir mercinin "bağımsız" kabul edilebilmesi için, diğer hususların yanı sıra üyelerinin atanması, görev süreleri, dış baskılara karşı güvencelerin mevcut olması ve bağımsızlık görüntüsü verme noktalarına bakılmalıdır. AİHM, üyelerini cezaevlerinden sorumlu bakanın atadığı bir cezaevi disiplin mercisinin, yürüttükleri disiplin işlemlerinde bakandan herhangi bir talimat almalarının söz konusu olmamaları kaydıyla kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir (bk. yukarıda değinilen Campbell ve Fell Davası). AİHM, istimlak tazminatlarını belirlemekten sorumlu olup iki üyesi, işlemlerin tarafı olan bakan tarafından atanan bir organın da ilgili Bbakanın atama öncesinde diğer partilerin temsilcisiyle istişare etmesi ve atamalar konusunda fikir ayrılığı yaşanmaması gerekçesiyle 6. maddenin 1. fıkrasına uygun olduğuna hükmetmiştir (bk. yukarıda değinilen Lithgow Davası).

Bunun aksine, Salaman-Birleşik Krallık Davası'nda (İD) (2000) AİHM'den, bir hâkimin, farmason cemiyetine üye olmasının etkisini değerlendirmesi talep edilmiştir. Başvuran, bir farmasonun vasiyetine itiraz davası açmıştı; dava konusu vasiyetle, başvuranın lehine olan bir önceki vasiyet hükümsüz kılınmış ve miras, başvuranın, farmason olduğunu iddia ettiği başka bir kimseye bırakılmıştı. Başvuran, AİHM önünde, farmasonluğun gizli, her yere nüfuz etmiş ve bozguncu olduğu yönündeki yaygın şüpheleri dile getirmiştir. Ancak, AİHM, Birleşik Krallık'ta bir hâkimin yalnızca farmason olmasının, tanık veya taraflardan birinin de farmason olduğu bir davada tarafsızlıkla ilgili kuşkular doğurmayacağını kaydetmiştir; AİHM'ye göre, bir hâkimin yargı mesleğine girişte ettiği yeminin diğer sosyal taahhüt ve yükümlülüklerinin gerisinde kalacağı korkusu özellikle yersiz idi. AİHM, başvuranın, hâkimin tarafsızlığına ilişkin şüphelerinin nesnel biçimde gerekçelendirilmediğini kaydetmiştir. Mahkeme üyelerinden birinin, davanın tanıklarından veya taraflarından birini tanıması da bundan farklı değildir.

Yargılamanın adil olması

"Adil" yargılanma hakkı, 6. maddenin temel unsurlarından biridir. "Adil" olma gereği yalnızca ilk derece yargılamadaki sözlü duruşmayı değil, bütün yargılama işlemlerini bir bütün olarak kapsar (bk. Monnell ve Morris Davası). Dolayısıyla kişinin "adil" yargılanıp yargılanmadığı hususu, yargılamada tek bir olay belirleyici bir etki doğurmuş olsa dahi yargılama işlemlerinin bütününe bakarak değerlendirilir. Yargılamanın bir aşamasındaki kusurlar, başka bir aşamada düzeltilebilir veya telafi edilebilir. Yargılamanın "adil" olup olmadığı sorusu, kuşkusuz mahkemenin verdiği kararın "yanlış" veya "doğru" olması hususundan ayrıdır.

"Dördüncü derece" davaları olarak adlandırılan davalarda sıklıkla kaydettiği üzere, AİHM'nin, ulusal mahkemelerin hukuki veya fiilî hata yapıp yapmadıklarına ilişkin genel bir görevi yoktur. AİHM'nin görevi, yargılamanın adil olup olmadığını değerlendirmektir. "Adil duruşma" kavramı gereğince yargılamanın çekişmeli yürütülmesi gereklidir; yani, hukuk davalarının tarafları diğer tarafın verdiği dilekçeleri, mütalaaları ve delilleri bilme ve bunlara karşı görüş bildirme fırsatına sahip olmalıdır. Ceza davalarında çekişmeli yargılama; hem iddia makamına hem sanığa ve müdafisine, diğer tarafın verdiği dilekçeleri, mütalaaları ve delilleri bilme ve bunlara karşı görüş bildirme fırsatı verilmesidir [Brandstetter-Avusturya Kararı (1991)]. Delillerin kabul edilebilirliğine dair kuralları belirlemek birinci derecede ulusal hukukun işidir; delilleri değerlendirmek öncelikle ulusal mahkemelerin işidir [Schenk-İsviçre Kararı (1988)]. Ancak, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirmesinde, kabul edilen delillerin niteliğine ve hangi yolla elde edildiklerine bakılır. Özellikle ceza davalarında savunmanın haklarına saygı, ilke olarak bütün delillerin aleni bir duruşmada sanık hazır olduğu hâlde ortaya çıkarılmasını ve bu delillere çekişmeli usulle itiraz edilebilmesini gerektirir [Barbera, Messegue ve Jabardo-İspanya Kararı (1988)]. Bu bağlamda, tanıkların sorgulanmasına ve sundukları deliller hakkında görüş bildirilmesine fırsat verilmelidir [Bricmont-Belçika Kararı (1989)]. Çekişmeli usulün etkin biçimde işlemesi için hukuk ve ceza davalarında tarafların ilgili bilgi ve belgelere erişebilmeleri önemlidir.

AİHM, ceza davaları bağlamında da çekişmeli yargılama olabilmesi için hem iddia makamına hem sanığa ve müdafisine diğer tarafın verdiği dilekçeleri, mütalaaları ve delilleri bilme ve bunlara karşı görüş bildirme fırsatı verilmesinin zorunlu olduğunu ve iddia makamının sahip oldukları, sanığın lehine ve aleyhine bütün maddi delilleri açıklaması gerektiğini kaydetmiştir. Buna karşılık, bütün delillerin açıklanması hakkı mutlak bir hak değildir. AİHM, Edwards-Birleşik Krallık Kararı'nda (1992), bazı davalarda ulusal güvenlik veya benzer gerekçelerle delillerin kamu yararı dokunulmazlığı kapsamında (ör. bir istihbarat elemanının adının veya hassas bir soruşturma tekniğinin açıklanmaması) ifşa edilmemesine karar verilebileceğini kaydetmiştir. AİHM, "dördüncü derece" doktrinine uygun olarak, belirli bir davada ifşa etmeme kararının geçerli ulusal usule uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini incelememektedir. AİHM bunun yerine, çekişmeli yargılama gereklerine ne derece uygun olup olmadığı bakımından bahse konu usulün niteliğini incelemektedir.

Silahların eşitliği

Davaya katılma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi, çekişmeli yargılama ilkesiyle yakından ilintilidir. Taraflar arasında adil bir denge gözetilmesi anlamında silahların eşitliği ilkesi, adil

yargılanma hakkının olmazsa olmaz bir özelliği ve çekişmeli yargılama hakkının doğal bir unsurudur. Özünde bu ilke, tarafların her birine deliller de dâhil savlarını sunmak üzere makul fırsat tanınması gereğini ifade eder; ancak, bu fırsat bir tarafı diğer taraf karşısında ciddi biçimde dezavantajlı bir konuma düşürmemelidir. Diğer bir ifadeyle, silahların eşitliği ilkesi, temel olarak taraflar arasında usul bakımından eşitlik anlamına gelir [Neumeister-Avusturya Kararı (1968)]. Bu ilke hem hukuk hem ceza davaları için geçerlidir. Ancak, bir bütün olarak yargılamanın adil olma niteliğini etkilemeyen küçük bir eşitsizlik, 6. maddenin birinci fıkrasının ihlali anlamına gelmez. Bu ilke, usul kurallarında çok derinlemesine tanımlanmamıştır. Dolayısıyla silahların eşitliğinin sağlanması adına tam olarak ne yapılması gerektiği davanın niteliğine ve bu kapsamda taraflar arasındaki uyuşmazlığın özelliğine ve önemine bağlıdır. Davanın niteliğine uygun, yeterli usul teminatları bulunmalıdır. Bu teminatlar, imkân elverdiği ölçüde delil sunmak, aleyhte delile itiraz etmek ve tartışılan konuda kendi savını ileri sürmek için yeterli fırsat tanınmasını kapsar. Burada önemli olan, tarafların her birine deliller de dâhil savlarını sunmak üzere makul fırsat tanınmasıdır; ancak, bu fırsat bir tarafı diğer taraf karşısında ciddi biçimde dezavantajlı bir konuma düşürmemelidir. Silahların eşitliği sanığın veya davacının bulunmadığı bir ortamda diğer tarafa kendi görüşlerini sunma konusunda ek fırsat tanınmaması anlamına da gelir. Bu nedenle, ceza davalarında iddia makamına, savunma temsilcileri bulunmadığı hâlde üst düzey bir devlet yetkilisinin Yargıtaya bilgi ve belge sunması gibi önemli bir usul avantajı sağlanmakta ise taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi makul düzeyde gözetilmiyor demektir [Borgers-Belçika Kararı (1991)].

Bunun yanı sıra şu da kaydedilmelidir ki bir davada itham iddialarının başsavcı yardımcısı gibi çok üst düzey bir kovuşturma yetkilisi tarafından yöneltilmesi, kendi içerisinde silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği veya yargılamayı yapan mahkemenin uygunsuz baskı altında kaldığı anlamını taşımaz [Daktaras-Litvanya Kararı (İD) (2000)]. Şayet diğer taraf davacıya nazaran ilgili bilgilere erişme konusunda avantajlı ise silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş demektir. Silahların eşitliği ilkesi, ceza davalarında savunmanın tanıkları ile iddia makamının tanıklarına eşit muamelede bulunulmasını gerektirir. Taraflardan birinin görüşlerini bildirmede uygulamaya dönük engellere maruz bırakılması durumunda silahların eşitliği ihlal edilmiş olabilir. Bu nedenle AİHM, müdafinin görüşlerini bildirmek için sabahın erken saatlerine değin 15 saat bekletildiği bir davada ihlal kararı vermiştir [Makhfi-Fransa Kararı (2004)]. AİHM ayrıca kazanan tarafın, masraflarının davayı açan savcılık tarafından ödenmesi talebinin reddedildiği bir davada da silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir [Stankiewicz-Polonya Kararı (2006)].

Görülmekte olan bir davayla ilgili yargı sürecini etkilemeye dönük bir yasal düzenlemenin yapılması da silahların eşitliği ilkesinin ihlalini

doğurabilir. Önceden bahsedilen Stran Greek Refineries (Stran Yunan Rafinerileri) ve Stratis Andreadis Davası'nda, başvuranlarla eski askerî rejim arasında akdedilen bir ihale sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin yasal işlemler devam ettiği sırada Yunan Parlamentosu çıkardığı bir kanunla askerî rejim tarafından yapılan bütün sözleşmelerin hükümsüz olduğunu ve bu sözleşmelerin feshi dolayısıyla kanunen hiçbir talepte bulunulamayacağını hükme bağlamıştır. AİHM, çıkarılan kanunun başvuran hakkında kesin bir etki doğurduğunu kaydetmiştir; nitekim kanun, o ana kadar devlet aleyhine gitmekte olan dava için bir dönüm noktası olmuştur. AİHM ayrıca kanunun zamanlamasına ve çıkarılış biçimine dikkat çekmiştir. Kanun çıkmadan kısa bir süre önce, devlet, davayı ilgilendiren bir yasa tasarısı çalışması yapıldığından bahisle davaya ara verilmesini talep etmişti. Dolayısıyla, kanundaki ilgili hükmün başvurucu şirket aleyhine düzenlendiğine karar verilmiştir. AİHM 6. maddede ifade edilen hukukun üstünlüğü ilkesinin ve adil yargılanma kavramının, yasamanın bir uyuşmazlığın adli gidişatını etkileyerek adaletin yerine getirilmesine müdahale edilmesine yönelik her türlü girişimi engellediğini kaydetmiştir. Dolayısıyla, 6. maddenin 1. fıkrası ihlal edilmiştir.

Makul sürede yargılanma hakkı

Makul sürede yargılanma hakkı hem hukuk hem ceza davaları için geçerlidir. Bu hükmün amacı hukuk davası açanları ve ceza davalarının sanıklarını yargılamadaki aşırı gecikmelere karşı korumak ve "adaletin, etkinliğini ve güvenirliğini tehlikeye atabilecek gecikmelere mahal vermeksizin yerine getirilmesi"nin önemini vurgulamaktır. "Makul" sürenin ne kadar bir süre olduğu ise her davanın kendine özgü durumlarına göre takdir edilir. AİHM, makuliyet değerlendirmesi yaparken meseleyi; davanın karmaşıklığı, başvuranın hâl ve davranışları ile devlet yetkililerinin hâl ve davranışları olmak üzere üç boyut üzerinden değerlendirmektedir. AİHM bu üç hususu ayrı ayrı veya bazı durumlarda bir bütün olarak değerlendirmekte ve buna göre belirli aşamalarda yargılamanın aşırı uzun olup olmadığına bakmaktadır. İçtihatta "makul" addedilebilecek sürenin uzunluğu ile ilgili genel bir rehber ilke bulunmamaktadır zira her davanın yukarıda anılan kendine özgü faktörleri vardır. Makul sure, ayrıca yargılamanın niteliğine ve kaç derecede görüleceğine bağlıdır. Bazı davalar diğerlerine göre daha hızlı görülebilir. Söz gelimi, normalde ceza davaları sanık için doğurabileceği sonuçlar gözetilerek bilhassa hızlı görülmelidir. Aynı durum velayet davaları için de geçerlidir; zamanın geçmesi çocuğun menfaatlerini etkileyebilir. AİHM ayrıca davanın hızla görülmesinin büyük önem arz ettiği diğer bazı dava türlerinde makul süreyi katı biçimde yorumlamıştır. Ceza davalarında süre, kişinin "itham" edilmesinden (Bunun anlamına önceden değinilmişti.) kesin hükmün verildiği ana kadar geçen zamandır.

Slayt 18

Ceza yargılamasında geçerli maddi teminatlar

6. maddenin 2 ve 3. fıkralarında ceza yargılamasında asgari savunma hakları olarak sayılan teminatlar, AİHM tarafından uzun süredir madde 6(1)'de öngörülen adil yargılanma hakkının spesifik boyutları olarak değerlendirilmektedir [T.- Avusturya Kararı (2000)]. Bu nedenle, AİHM, 6. maddenin 3. fıkrasında yer alan haklardan birinin ihlaline ilişkin başvuruları daima 6. maddenin birinci fıkrasıyla birlikte incelemiştir. Bu ise şu anlama gelmektedir: Başvuran, savunmaya dair haklarından birinin ihlal edildiğini kanıtlamak için savunmasına getirilen kısıtlamanın, istinaf ve temyiz aşamaları da dâhil bir bütün olarak ceza yargılamasının adil olma özelliğini nasıl etkilediğini de göstermek zorundadır.

Masumiyet karinesi

6. maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, "bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır". Dolayısıyla, bu hüküm gereği ceza yargılamasında sanığın masum olduğu varsayılır. Bu hüküm kişinin yalnızca "ceza gerektiren bir suç" ile "itham" edildiği hâllerde geçerlidir. Masumiyet karinesi hakkı, kovuşturmanın sonucundan bağımsız olarak ceza yargılamasının bütününü kapsar. Sanığın sessiz kalmasıyla ispat külfetinin veya mahkûmiyete ilişkin çıkarımların yön değiştirmesi sonucunda masumiyet karinesinin gözetilmesine dair kuşkuların da doğduğu durumlarda, AİHM, bu davaları yukarıda bahsedildiği üzere 6. maddenin birinci fıkrası çerçevesinde genel olarak yargılamanın adil olup olmadığı bağlamında incelemektedir. Madde 6(2)'ye istinaden ayrı bir şikâyet var ise AİHM, belirli bir usul işleminin başvuranın mahkûmiyetine etkisini tespit etmek için incelemesini (6. maddenin birinci fıkrasına dayanarak yapılan başvurularda yaptığından farklı olarak) yargılamanın bütünü değil, devlet yetkililerinin başvuranın suçuyla ilgili spesifik ifade veya ifadeleri üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu kapsamda belirli bir ifadenin bağlamının, lafzının, o bağlamdaki anlamının madde 6(2)'nin ihlal edildiğine dair yeterli bir ön bulgu teşkil edip etmediğine bakılmaktadır. Sözleşme'de masumiyet karinesini gözetme yükümlülüğü yalnızca hâkim ve mahkemelere değil, aynı zamanda bütün kamu yetkililerine yüklenmiştir. Şurasını kaydetmek gerekir ki ceza yargılamasının erken bir aşamasında verilen mütalaaların masumiyet karinesini ihlal etmesinden doğan hatanın ulusal mercilerce düzeltilmesi ve yargılamanın sonraki aşamalarının 6. madde kapsamında kabul edilebilir hâle gelmesi mümkündür. Bazı ceza davalarında, yargılamanın durdurulması kararından sonra sanıkların masraflarının geri ödenmesini talep etmeleri üzerine adli mütalaalarda bulunulmuştur. AİHM, bu mütalaaların lafzını ve anlamını incelemiş ve hâkimlerin kullandıkları terimlerin suç bulgusundan çok şüphe izharına yönelik olduğuna kanaat getirmiştir (bk. Lutz Davası). Madde 6(2) ihlal edilmemiştir. Konunun önemsiz olduğu gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda iddia olunan veya şüphelenilen durum

veya eylemler belirtilebilir fakat kanuna uygun olarak kanıtlanana değin (önemsiz bir suç olsa dahi) sanığın suçlu olduğunu gösterir bulgular yer almamalıdır. Ayrıca, 6. maddenin ikinci fıkrası, kovuşturmaya devam etmeme veya beraat kararı verilmesinin ardından sanığın ödemiş olduğu masrafların ödenmesini veya başka şekilde tazmin edilmesini gerektirmemektedir. Kovuşturma sürecinde ulusal merciler nezdinde kişinin kuvvetle şüpheli olması durumunda sonraki tazminat talebi reddedilebilir [Adolf-Avusturya Kararı (1982)].

İthamın tebliği-Madde 6(3)(a)

Bu hak, ceza yargılamasında bireye yöneltilen suçla ilgili savunma yapılabilmesi için esastır. Bu hakkın diğer haklarla çakıştığı noktalar bakımından en başta dile getirilmesi gerekli bazı hususlar vardır. Bu hak 5. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen hak ile çakışmaktadır. Ancak, madde 5(2)'nin amacı sanığın, tutuklama kararının hukuki zeminine itiraz etmesini sağlamak iken, tebliğ olunma hakkı sanığın savunma yapmasına ilişkin bilgilendirilmesi amacını taşımaktadır. Dolayısıyla, devletin madde 6(3) kapsamındaki görevi çok daha açıktır; bu hak gereği sanık kendisine yöneltilen suçlama ile ilgili madde 5(2)'de öngörülenden daha spesifik ve ayrıntılı biçimde bilgilendirilmelidir. Madde 6(3)(a) ile 6(3)(b) arasında da bir miktar çakışma vardır; madde 6(3)(a) kapsamında sanığa verilmesi gereken bilgiler, madde 6(3)(b) kapsamında verilmesi gerekenlerle aynı değildir. Madde 6(3)(b) kapsamında verilmesi gereken bilgiler, sanığın mahkemede düzgün bir savunma hazırlaması ve yapması için gerekli iken, madde 6(3)(a) kapsamındaki bilgilendirme ceza işlemlerinin erken aşamalarında yapılır ve savunmanın ilk hazırlığıyla ilgilidir. 6(3)(a) hükmüne aykırı olarak mahkemede savunma için hazırlık yapılmasını engeller şekilde yetersiz bilgi verilmesine ilişkin çakışmalar mevcuttur.

Sanığa verilmesi gereken bilgiler, suçun "niteliği ve nedeni" ile ilgilidir. Nitelikten kasıt kişiye atılan suçtur (Suçun hukuki nitelemesidir.); "neden" ise kişinin işlediği iddia olunan eylemlerdir. Atılan suçun spesifik özellikleri önemlidir çünkü şüpheli ancak kendisine tebligat yapıldıktan sonra kendisine yöneltilen suçun fiilî ve hukuki dayanağı hakkında resmî olarak bilgilendirilmiş olmaktadır. Herhangi bir davada sanığa yeterli bilgi verilip verilmediği hususu, daima madde 6(1) kapsamındaki genel adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelenmelidir. AİHM, sanığın, kendisine yöneltilen suçlamalar ve mahkemenin bu konudaki hukuki nitelemesinin ne olabileceği hakkında tam ve ayrıntılı biçimde bilgilendirilmesinin, yargılamanın adil olması adına olmazsa olmaz bir ön koşul olduğunu kaydetmiştir [Pellisier ve Sassi-Fransa Kararı (1999)]. Madde 6(3)(a) kapsamında bilgilendirilme hakkının özünde, sanığın savunmasını hazırlamaya başlamak için yeterli olacak derecede bilgilendirme yapılması gerektiği vardır. Aleyhine bütün delillerin ayrıntılarının sanığa bildirilmesi madde

6(3)(a) kapsamında gerekli değil ise de bunun yargılamanın ileri aşamasında madde 6(3)(b) kapsamında yapılması gerekecektir.

Bilgilendirmenin "gecikmeksizin" yapılması gerektiğine dair içtihat az sayıda kararla sınırlıdır. Ancak, fiilî veya hukuki olsun, ilgili her türlü bilgi sanığa madde 6(3)(b) kapsamındaki hakları gereği savunmasını hazırlamak için ihtiyaç duyacağı süre gözetilerek verilmelidir.

Dil sorunu

Kişinin anladığı dilde haberdar edilme hakkı; sanığın, suçlamada bulunanlardan farklı bir dil konuşuyor olsa dahi kendisine yöneltilen suçlamaların niteliği ve nedeni ile ilgili anladığı bir dilde bilgilendirilebilmesini teminen tasarlanmıştır. Fakat bu hak, suçlamaların, sanığa yalnızca öyle tercih ettiği için ana dilinde haberdar edilme hakkı vermez; buradaki anahtar kavram "anlamak"tır. Bu cümleden kasıt, yabancı uyruklu bir kimse kendisine bir ithamda bulunulduğunda tebligatın tercüme edilmesini talep ederse sanığın gerçekte tebligatın yapıldığı ulusal dili yeterince anladığı yetkili merci tarafından tespit edilmemişse bu talep yetkili mercilerce yerine getirilmelidir. Ayrıca, sanığın "anladığı bir dilde" bilgilendirilme hakkı, aksi kendisini dezavantajlı bir konuma düşürecekse iddianamenin veya diğer resmî ithamın yazılı tercümesinin yapılmasını da gerektirebilir. Buna karşılık, şayet bütün durumlar açık biçimde sanığın yeterli şekilde bilgilendirildiğini gösteriyor ise sözlü tercüme de yeterli olabilir [Kamasinski-Avusturya Kararı (1989)].

Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylık [Madde 6(3)(b)]

"Zaman" ve "kolaylık" kavramları çoğu durumda birbiriyle iç içedir. Yukarıda bahsedildiği üzere, bu maddede güvence altına alınan haklar ile madde 6(3)(c) ve madde 6(3)(a) tarafından korunan haklar ve madde 6(1) anlamındaki adil yargılanma ilkeleri arasında da önemli ölçüde bir çakışma vardır. Bu hükümlerin gözetilip gözetilmediğini belirlemek için sanığın durumunun yanı sıra savunmanın genel durumunu da dikkate almak gereklidir [Krempovskij-Litvanya Kararı (İD) (1999)]. Madde 6(3)(b)'de ifade edilen "zaman" gereği ile madde 6(3)(a)'da ifade edilen sanığın suçlamalar hakkında "en kısa sürede" haberdar edilmesi gereği arasında aşikâr bir mantıki bağlantı vardır. Sanığın makul sürede yargılanmasını temin ile diğer yanda savunmasını hazırlamak için kendisine yeterli zaman tanınması gereği arasında gözetilmesi gereken hassas bir denge vardır. Bu hakkın özünde, kişiye savunmasını hazırlamak için yeterli zaman tanıyarak ulusal mahkemelerin kendisinden yeterli savunma imkânını esirgeyecek biçimde süratli yargılama yapmasını engellemek vardır. Savunmanın ihtiyaç duyacağı süre o denli büyük değişkenlikler göstermektedir ki madde 6(3)(b) kapsamındaki içtihadın temsil

ettiği değer çok sınırlıdır. Yeterli zamanla kastedilen sure, davadan davaya ve bu kapsamda her bir davanın niteliğine ve karmaşıklık düzeyine ve yargılama işlemlerinin geldiği aşamaya göre değişir.

Savunmanın hazırlanması için hangi "kolaylıklar"ın gerekli olduğu hususu da büyük ölçüde davanın özel koşullarına bağlı olmakla birlikte, sanığın avukatıyla görüşme hakkı gibi belirli imkânlar esas kabul edilebilir. Bununla birlikte, müdafi ile görüşme hakkı da belirli kısıtlamalara tabi tutulabilir. Sanığın sınırlı bir süre için hücre tecridine alındığı ve avukatıyla görüşmesinin engellediği davalarda, şayet başka zamanlarda avukatla yeterli görüşme imkânı verilmiş ise madde 6(3)(b) bağlamında ihlal kararı verilmemiştir [Bonzi-İsviçre Kararı (İD) (1978)]. Bazı davalarda, madde 6(3)(b) kapsamında iddia makamının dosyasına erişme hakkının, savunmanın hazırlanması için gerekli bir kolaylık (imkân) olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir. Savunmaya tanınan imkânlar, sanığın ve müdafisinin savunmayı hazırlayabilmek adına adli işlemler süresince yürütülen soruşturmaların sonuçlarını bilme fırsatını içermelidir. Soruşturmanın kim tarafından, ne zaman, kimin yetkilendirmesiyle yürütüldüğünün pek bir önemi yoktur. Buna sanığın suçsuzluğunu kanıtlama veya cezasında indirime gidilmesini sağlama adına yetkili mercilerce toplanan ilgili bütün unsurlara erişme hakkı da dâhildir [Jespers-Belçika Kararı (1981)]. Ancak, AİHM, sanığa değil de müdafiye uygulanan dava dosyasına erişim kısıtlamasının madde 6(3)(b)'nin ihlali anlamına gelmediğine hükmetmiştir (bk. Kamasinski Davası). "Kolaylıklar"ın söz gelimi bütün belgeleri ve malzemeleri inceleme hakkı olduğu düşünülmekle birlikte, her başvuranın, kendi davasında madde 6(3)(b)'nin ihlal edildiğini ve davanın bütün koşullarında savunmasını gereğince hazırlamak için gerek duyduğu kolaylıkların (imkânların) esirgendiğini göstermesi gereklidir (bk. Bricmont Davası). AİHM, ayrıca savunmayı ilgilendiren bilgi, belge ve diğer materyaller, savunmanın haklarını en etkin biçimde korumaya imkân verecek bir zamanda açıklanmalarına ilişkin karar vermesi için yargılamayı yürüten hâkimin önüne getirilmelidir. İddia makamının bu materyalleri yalnızca temyiz aşamasında diğer tarafın kullanımına sunması yeterli değildir (bk. önceden değinilen Dowsett Davası). Ancak, savunmanın, iddia makamının elinde bulunan bütün bilgilere erişme hakkı mutlak bir hak değildir; bazı hâllerde menfaat çatışması olabilir.

Bu tarz menfaat çatışmasının söz konusu olduğu durumlarda mahkeme, savunma haklarının yalnızca o davanın koşullarında mutlak zorunlu olduğu kadar kısıtlanmasını teminle mükelleftir. Bu kararı iddia makamı vermemelidir; adil yargılanma, bu kararın yargılamayı yürüten hâkim tarafından verilmesini gerektirir. Haklarının kısıtlanması neticesinde savunmanın karşılaştığı güçlükler, adli mercilerin takip edecekleri usullerle dengelenmelidir. Yargılama sürecinde yeni deliller ortaya çıkabilir ve savunmanın bunları değerlendirmek için zamana ihtiyacı olabilir. Bunun için

ek süreye ihtiyaç olup olmadığı yeni delillerin niteliğine ve ilgili koşullara bağlıdır. Kişinin savunmasını hazırlamak için yeterli imkâna (kolaylıklara) sahip olma hakkı, temyiz edilecek mahkeme kararının gerekçesini bilme hakkını da içerir (bu bağlamda bk. mahkemeye çıkma hakkı ve gerekçeli karar alma hakkı).

Yasal temsilciden yararlanma hakkı-Madde 6(3)(c)

Madde 6(3)(c)'de güvence altına alınan haklar, savunma haklarının önemli bir unsurudur. Bu hak üç belirgin unsur içerir: kendini bizzat savunma hakkı, belirli koşullarda avukat seçme hakkı ve yeterli imkânlara sahip olmadığında ve adaletin yerine getirilmesi için gerekli olduğunda adli yardım alma hakkı. Kendini bizzat savunma hakkı mutlak değildir; bazı hâllerde, bilhassa ciddi suç isnadının söz konusu olduğu durumlarda ulusal mevzuat uyarınca yasal temsil zorunluluğu nedeniyle devlet mercileri kişinin kendini bizzat temsil etmesine izin vermeyebilir. Ceza davalarında sanığa 6. maddenin gereklerini gözetmek suretiyle başka kısıtlamalar da getirilebilir. AİHM'de açılan davaların çoğunluğunda bunun aksi söz konusudur; yani sanık veya davalı, ceza yargılamasının bütününde veya önemli bir bölümünde kendini bizzat savunmak durumunda bırakılmış ve adli yardımdan yararlandırılmamıştır. Ulusal merciler, ücretsiz hukuki yardım sağlayıp sağlamama konusunda karar verirken, sanığın imkânlarını ve adaletin yerine getirilmesi gereğini dikkate almalıdırlar. Bu çerçevede, isnat olunan suçun niteliği ve karmaşıklık düzeyi, muhtemel cezanın ağırlığı ve sanığın kendini yeterli biçimde savunma kabiliyeti dikkate alınmalıdır.

Sanık şayet gerekli imkânlara sahipse savunmasını kendi seçeceği bir müdafi marifetiyle yürütebilir (bk. Campbell ve Fell Kararı). Sanık gerekli imkânlara sahip değilse kendini bizzat savunmasına ancak "adaletin yerine getirilmesi" amacı çerçevesinde hukuki temsil gerekli değil ise izin verilebilir. Avukat seçme hakkı ancak sanık seçeceği avukatın ücretini ödeyebilecek imkânlara sahip ise kullanılabilir. Dolayısıyla adli yardım alan sanıklar, madde 6(3)(c) kapsamında avukatını seçme veya avukat tayin edilirken kendi fikrinin alınması hakkına sahip değildir (bk. Krempovskij Kararı). Gerekli imkânlara sahip olunması durumunda dahi yasal temsilci seçme hakkı hiçbir şekilde mutlak değildir; devlet, avukatların mahkemeye çıkma koşullarını düzenlemekte ve belirli koşullarda belirli kişilerin mahkemeye çıkmasına müsaade etmemekte serbesttir. Örneğin, devlet, mahkemeye çıkabilecek kişilerin niteliklerini ve mahkemeye çıkarken uyulacak mesleki etik kurallarını belirleyebilir. Sanığı temsil edecek müdafi sayısının (üç ile) sınırlandırılmasının madde 6(3)(c)'ye uygun olduğuna hükmedilmiştir; çünkü avukatlardan bazılarının sanığın üyesi olduğu iddia edilen suç örgütünü destekledikleri yönünde kuvvetli şüpheler bulunmaktaydı [Ensslin ve Diğerleri-Almanya Kararı (İD) (1978)]. Sanık, gıyabında yargılanıyor ise madde 6(3)(c) uyarınca avukatının firari müvekkilini temsil etmesine izin verilmelidir.

Kişiye, soruşturmanın erken aşamalarında avukata erişim hakkı tanınmaması her zaman masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelmemekle birlikte, madde 6(3) (c)'nin ihlali söz konusu olabilir. Savunmanın hakları telafi edilemez biçimde zarar görmüşse ihlal söz konusu olabilir. Ancak, yargılamanın ilk aşamalarında avukat bulunmamasının başvuranın kendi hatasından kaynaklanması durumunda, hukuki temsil olmaması sonucu sonradan mahkûmiyet kararı verilmesine yol açacak aleyhte bilgi ve belgeler sunulmuş olsa dahi ilgili merciler suçlanamaz. Buna karşılık, söz gelimi polis sorgusunda özellikle sindirici muamele sergilendiği ve sanığın haklarının telafi edilemez biçimde zarar gördüğü durumlarda savunmanın hakları ihlal edilmiş olabilir.

Avukatla gizli ve etkin görüşme

Sanık ister ücretsiz adli yardımdan yararlansın ister ücretli müdafi kullansın, yetkili mercilerin sanığı temsil edecek bir avukat tayin etmeleri veya buna izin vermeleri yeterli olmayabilir; çünkü sanık "teorik ve hayalî" değil, "pratik ve etkin" hukuki yardım alma hakkına sahiptir. Adli yardım mekanizmasıyla tayin edilen avukatın her eksikliğinden devlet sorumlu değildir; adli yardım kanalıyla tayin edilen veya özel tutulmuş müdafinin davranışları asıl olarak sanık ve müdafinin kendisini ilgilendirir. Ancak, adli yardım yoluyla tayin edilmiş avukatın etkin temsil görevini yerine getirmekte başarısız veya yetersiz olduğu açıkça görülmüş veya yetkili ulusal mercilere tatmin edici biçimde gösterilmiş ise yetkili mercilerin müdahale etme yükümlülüğü doğar. Yetkili merciler avukatı değiştirmek veya görevini layıkıyla yerine getirmesini sağlamak üzere duruşmayı erteleme gibi başka tedbirlere başvurmak suretiyle bu müdahaleyi gerçekleştirebilirler [Artico-İtalya Kararı (1980)]. Bu bağlamda en temel haklardan biri, sanığın avukatıyla gizli görüşme hakkıdır; bu hak, madde 6(3)(c) kapsamındaki haklar cümlesindendir [Brennan-Birleşik Krallık Kararı (2001)]. Ancak bu hak, zorunlu hâllerde kısıtlanabilir. Ulusal merciler, yalnızca kanıtsız iddialara istinaden bu önemli hakkı kısıtlayamazlar. Mahkeme tarafından tayin edilmiş dahi olsa avukat gibi özel şahısların eylemleri hakkında şikâyetler, kural olarak AİHS kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak, bazı istisnai hâllerde hukuki temsilin kalitesi, madde 6(3)(c) kapsamında sorunlu addedilebilecek ölçüde düşük kalabilir. Devlet hukuki yardımın etkin olmasını teminle mükellef olduğu için, yetkili merciler, adli yardım yoluyla tayin edilen müdafinin başarısızlığının açıkça görüldüğü veya kendilerine açıkça gösterildiği durumlarda müdahale etmelidirler. Ancak, şurası da kaydedilmelidir ki hukuki temsildeki eksikliklerden yalnızca devlet mercilerine atfedilebilenler için madde 6(3)(c)'nin ihlali söz konusu olabilir [Tripodi-İtalya Kararı (1994].

Tanıkları sorgulama hakkı-Madde 6(3)(d)

Madde 6(3)(d)'deki "tanık" kavramı özerk bir anlama sahip olup

duruşmada tanıklık yapan kişilerle sınırlı değildir. Tanık kavramı duruşmada okunan veya başka yollarla mahkeme önüne getirilen ve mahkeme tarafından dikkate alınan ifadelerin yazarlarını/sahiplerini de içerir [Kostowski-Hollanda Kararı (1989)]. Bu kavram ayrıca diğer sanıkların maddi olarak mahkûmiyete temel teşkil eden ve iddia makamınca delil kabul edilen ifadelerini de içerir [Luca-İtalya (2001)]. Tanıklar, mahkemelerden farklı olarak, bağımsız veya tarafsız olmak durumunda değildir. Bu nedenle, bilirkişiler de madde 6(3)(d) anlamında "tanık" kabul edilirler; mahkeme tarafından tayin edilen ve bu nedenle bazı tarafsızlık koşullarını yerine getirmeleri gereken belirli usul imtiyazlarına sahip bilirkişiler bu bahsin dışındadır (bkz Bönish ve Brandstetter Davaları).

Madde 6(3)(d) savunma tanıklarının katılma ve sorgulanma hakkı ile iddia makamının tanıklarını sorgulama veya sorgulatma hakkını güvence altına almaktadır. Bu hüküm hem tarafların mahkemenin denetiminde hangi tanıkları çağıracaklarına karar verebildikleri itham sistemi hem de hangi tanıkların dinleneceğine mahkemenin karar verdiği tahkik sistemi bağlamında düşünülmelidir. İtham sisteminde tanıklar; taraflar veya temsilcileri tarafından sorgulanır veya çapraz sorgulamaya tabi tutulur; hâkim tanığa ek sorular yöneltebilir. Tahkik sisteminde ise tanıklar kural gereği mahkeme tarafından sorgulanır. Yukarıda ifade edildiği üzere, her iki sistem de ilke olarak Sözleşme'ye uygundur; ancak AİHM, bir bütün olarak yargılama sürecinde, madde 6(1) ile bir arada 6(3)(d)'nin dikkatle gözetilip gözetilmediğini belirlemek için buna ilişkin spesifik ulusal özellikleri dikkate almak durumundadır.

Savunmanın tanık çağırma hakkı

Madde 6(3)(d), savunmanın davet etmek istediği her tanığın katılmasını ve sorgulanmasını gerektirmemektedir. "Savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek" ifadesinden de anlaşıldığı üzere, madde 6(3)(d)'nin esas amacı tanıkların dinlenmesi noktasında silahların eşitliği ilkesinin tamamen yerine getirilmesini temin etmektir. Tanıkların kabulüne ilişkin şartlar ulusal hukukta düzenlenebilir; özellikle yetkili adli merciler, dinlenmesinin davayla ilgili olmadığı görüşündeyse bir t anığın çağrılma talebini usulüne uygun olarak reddedebilir [Vidal-Belçika Kararı (1992)]. "Dördüncü derece" doktrini bakımından, bir tanığın çağrılmasının gerekli veya münasip olup olmadığı kararını vermek ulusal mahkemelerin işidir; silahların eşitliği ilkesine uyulmuş olması kaydıyla AİHM, bu konuda ancak istisnai durumlarda ihlale hükmetmektedir (bk. yukarıda değinilen Vidal ve Bricmont Davaları). Ulusal mahkeme, ifadesinin ilgisiz olacağı gerekçesiyle bir tanığın dinlenmesini reddedebilir; ilgili olsa dahi, mahkeme, tanığın dinlenmesini teminen gerekli uygun adımları atmış ise yükümlülüğünü yerine getirmiş demektir [Thomas-Birleşik Krallık Kararı (İD) (2005)]. Bu nedenle, belirli bir tanığı

çağırmaması neticesinde madde 6(3)(d)'nin ihlal edildiğini iddia eden kişi, o tanığı çağıramadığını ve ayrıca tanığın dinlenmesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından zorunlu olduğunu, tanığın dinlenememesinin savunmanın haklarına ve bir bütün olarak yargılamanın adil olma özelliğine zarar verdiğini kanıtlamak durumundadır (bk. Krempovskij ve Butkevicius Kararları).

Normalde adil yargılanma hakkı uyarınca, görüşlerin çekişmeli bir ortamda bildirilmesi için bütün delillerin sanığın huzurunda ortaya çıkarılması gerekir. Ancak, bu, ifade sahibinin duruşmaya katılması gerektiği anlamına gelmez. Hazırlık aşamasında savunmanın haklarının tam olarak korunması kaydıyla, bu ifadeler mahkemede kullanılabilir. Bunun için sanığa tanığı sorguya çekme, delillerine ve güvenirliğine itiraz etme konusunda etkin fırsat tanınmalıdır. Bu fırsat, tanık ifade verdiği sırada veya daha sonraki bir aşamada da tanınabilir [Unterpertinger-Avusturya Kararı (1986)].

Ücretsiz tercüman hizmetinden yararlanma hakkı-Madde 6(3)(e)

Madde 6(3)(e) uyarınca sanık, "mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma" hakkına sahiptir. Şayet tanık mahkemede konuşulan dili yeterince anlıyor ve konuşabiliyor ise savunmasını başka bir dilde yapmak için ücretsiz tercüman hizmetinden yararlanamaz. İlke olarak, fiziksel bir engellilikten (sağırlık veya dilsizlik gibi) ötürü anlayamama veya konuşamamanın madde 6(3)(e) kapsamında mahkemede konuşulan dili anlayamama veya konuşamama anlamına gelebileceği ve bu nedenle uygun bir tercüman desteğinden "ücretsiz yararlanma" hakkı doğurabileceği düşünülmektedir. Ücretsiz tercüman yardımı sağlanmasına konu anlama veya konuşma yeteneği, fiilî durum ve düzey üzerinden değerlendirilmelidir ve gerekli "yardım" düzeyi dikkate alınmalıdır. Ancak, genel itibarla sanık, kendi yetenekleri veya tercüman yardımıyla adil yargılamanın gerçekleşeceği ölçüde yargılama işlemlerini anlayabilmeli ve işlemlere katılabilmelidir.

Sanığın ücretsiz tercüman yardımından yararlanma hakkı mutlaktır. Ücretsiz kavramı, bu hizmetin muhakeme süresince sanığa ücretsiz sunulmasıyla sınırlı değildir; ulusal merciler, ceza yargılamasının sona ermesinden sonra verilmiş olan tercüme hizmetinin ücretinin ödenmesini talep edemezler [Luedicke, Belkacem ve Koc-Almanya Kararı (1978)]. Madde 6(3)(e) bu desteğin kapsamını, ilgili bütün belgeler olmasa da bazı materyallerin tercüme edilmesine kadar genişletmektedir. Bu madde, sanık aleyhine ve yargılamanın yapıldığı dilde olup adil yargılanma gereği anlayabilmesi için tercüme edilmesine ihtiyaç duyulan bütün belgelerin veya ifadelerin yazılı veya sözlü tercümesini kapsar. Ancak, bu, işlemlere konu bütün yazılı delillerin veya resmî belgelerin mutlaka yazılı tercümesinin

	yapılması gerektiğini anlamını taşımaz. Tercüman, sanığın hakkında açılan davayı anlayabileceği ve kendini savunabileceği ölçüde destek verebilen kişidir. Yargılamayı yürüten mahkemenin görevi, tercüman bulunmamasının, sanığın kendisi için çok önemli addettiği konulara dâhil olmasını engellememesini temin etmektir. Madde 6(3)(e) kapsamında yetkili mercilerin yükümlülüğü yalnızca tercüman tayin etmekle sınırlı olmayıp tercümenin yeterliliği ile ilgili bir sorun dile getirildiğinde yapılan tercümenin yeterli olmasını sağlayacak bir denetim uygulama gereğini de kapsar (bk. yukarıda değinilen Kamasinski Davası). Bu çerçevede, söz gelimi tercümanın değiştirilmesi söz konusu olabilir.
Slayt 19	AİHS'ye ve özellikle 6. maddeye giriş niteliğinde olan bu bölümün sonuna geldik. Oturumun bir toparlamasını yapınız ve katılımcılara sabırları ve katılımları için teşekkür ediniz.

Vaka Çalışması

A Çalışma Metni

Alex, Brad, Charles ve Durango, silahlı kuvvetler mensubu olup itaatsizlik sebebiyle aşağıda yazılı (Hollanda Silahlı Kuvvetler Kanunu'nda öngörülen) disiplin yaptırımlarına çarptırılmışlardır. İlgili mevzuat uyarınca yaptırımlar, kişilerin bağlı oldukları birliklerin komutanı tarafından uygulanmıştır. Komutan konuyu soruşturmakta, suçlanan birlik mensuplarını sorgulamakta, tanık dinlemekte ve gerekirse bilirkişi de dinlemektedir. Her bir eylem için, komutan, kanunda öngörülen yaptırımlardan hangisinin uygulanmasının doğru olacağına karar vermektedir. "Disiplin cezalarının ne olacağını ve ağırlıklarını belirlerken" komutan "hem adil hem sert olmalı", "suçun hangi şartlar altında işlendiğine ve sanığın genel karakter ve davranış geçmişine bakmalı" ve kararını "kendi görüş ve inancı" temelinde vermelidir:

Kararlaştırılan yaptırımlar aşağıdaki gibidir:

a) Bir önceki gün hasta olmasına rağmen ikametgâhında bulunamaması sebebiyle Alex'e dört gün hafif hapis;
b) İzinden geç döndüğü için Brad'e dört günlük hafif hapis;
c) Devamlı olarak sorumsuzca araç kullandığı için Charles'a 12 günlük ağırlaştırılmış hapis;
d) Disiplini bozmaya yönelik bir yazının yayımlanması ve dağıtımına katıldığı için Durango'ya üç ay boyunca disiplin birliğine gönderilme cezası.

Hafif hapis cezası verilen her asker, rütbesine bakılmaksızın, kışla dışında yaşıyorsa görev saatleri dışında ikametgâhında kalmak durumundadır, aksi takdirde kışladan çıkmasına müsaade edilmemektedir.

Subay ve astsubaylar genellikle kışla dışında ikamet ederlerken, rütbesiz askerlerin kural olarak kışlada kalmaları mecburidir. Bir süre uygulamada, rütbesiz askerler akşam saat beşten gece yarısına kadar ve hafta sonları bir dereceye kadar hareket serbestisinden yararlanmışlardır. Genellikle bu imkânı aileleriyle kalmak için kullanmakla birlikte bu, artık kışlada kalmak zorunda olmadıkları anlamına gelmemektedir. Yukarıda anlatılan sebeple, subay ve astsubayların aksine rütbesiz askerler genellikle hafif hapis cezalarını evde geçirme imkânına sahip değildirler ve bu sebeple bu cezaya çarptırılmaları hâlinde görev saatleri dışında ailelerinin evine dönmek ayrıcalığını kaybetmektedirler. Kışla dışında yaşamasına müsaade edilen erler için de aynı durum geçerlidir. Kışlada hafif hapis cezasını çeken askerler ziyaretçi kabul etme, haberleşme ve telefonu kullanma haklarından yararlanmaya devam ederken aynı zamanda görev saatleri dışında kışla içinde serbestçe hareket edebilmekte, söz gelimi kamp sinemasına, kantine ve diğer sosyal tesislere gidebilmektedirler.

Ağırlaştırılmış hapis, hafif hapisten yalnızca bir noktada farklılaşmaktadır: Askerler görev saatleri dışında özel olarak belirlenmiş bir yerde tutulmakta ve burayı kantine, sinemaya ve diğer sosyal tesislere gitmek üzere terk edememektedirler. Bununla birlikte bulundukları yerde kilit altında da değildirler.

Gönderme cezası, suçlunun bu amaçla özel olarak hazırlanmış bir tesise gönderilerek normaldekinden daha katı bir disipline tabi tutulmasıdır. Kanuna göre, disiplin birliğinde bulunma süresi, cezanın açıklanması esnasında ilan edilir ve üç aydan

altı aya kadar değişebilir. Yalnızca bu yönden, cezalandırma birliğine göndermekten ayrılmaktadır. İlave bir ceza olan bu ikinci tür yaptırım, bir ceza yargılaması kapsamında üç aydan iki aya kadar değişebilecek bir süre için rütbesiz bir ere verilebilir. Askerlik hizmetinin sonuna yaklaşırken verilen disiplin birliğine gönderme cezası genellikle kişinin sivil hayata dönüşünü geciktirmektedir. Bu cezaya çarptırılanlar kendi birliklerinden alınmakta ve özel ve ayrı bir grubun içine konulmaktadır; hareketleri kısıtlanmakta, askerlik hizmetlerini sürekli bir denetim altında yerine getirmekte ve eğitimlerine özel bir ağırlık verilmektedir. Bu cezaların yerine getirildiği birlikler üç kısma ayrılmaktadır. Suçlular kural olarak ilk iki kısımda otuzar gün geçirmekte olup bu süreler tavır ve davranışlarına göre uzayabilmekte veya kısalabilmektedir. Mümkün olduğu kadar, geceleri birbirlerinden ayrı geçirmektedirler. Birinci kısımdayken, ayda iki kez ziyaretçi kabul edebilmekte ve görev saatleri dışında istedikleri bir konuda çalışma yapabilmektedirler. İkinci kısımda, onlar da cumartesi ve pazar günleri bir dereceye kadar hareket serbestliğine kavuşmakta ve haftada en az iki kere akşam görev saatlerinden sonra kantine ve/veya diğer sosyal tesislere gidebilmektedirler. Üçüncü kısımda uygulanan rejim fark edilir derecede daha az katıdır.

Başvurucular, adil bir yargılanmadan yararlanamadıklarını iddia ederken hükûmet, savunmasında eldeki davanın disiplin konularıyla ilgili olduğunu ve bu sebeple AİHS'nin 6. maddesi kapsamında ele alınamayacağını öne sürmüştür.

Siz ne düşünüyorsunuz?

3 AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇ HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Ders Planı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzdaki Yeri
(İçerik Materyali: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri "Ceza ve Ceza Mahkemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme")

1. Giriş
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukuk Sistemindeki Yeri
3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Bireysel Başvurudan Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruya
4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuza Etkisi
5. Sonuç
Yararlanılan Kaynaklar
Pratik Çalışma Gereçleri

Ders Planı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzdaki Yeri

Gerekli Kaynaklar:

- Windows 7 ve MS Ofis yüklü PC/Laptop Professional [Slayt (Power Point)]
- İnternet erişimi
- Projektör ve ekran
- Not kâğıdı ve kalem
- Flipchart veya tahta ve kalem

Amaç:

Ders sonu itibarıyla katılımcılar;

- Anayasa m. 90 hükmünü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin normlar hiyerarşisindeki yerini hatırlar.
- Sözleşme'nin somut normlarının doğrudan uygulanabilirliğini hatırlar ve içtihatların yorum yapmada yol gösterici olduğunu kavrar.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararlarının, iç hukukumuzda yeniden soruşturma başlatma ve yargılamayı yenileme nedeni olduğunu hatırlar.
- Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun konusunu, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında kalanların ihlalinin oluşturulduğunu hatırlar.

Kullanılıcak Yöntem:

- Anlatım Usulü
- Pratik Çalışma (PÇ) gereci olarak aşağıda belirtilen kararların tartışılması

Dersin İşleniş Şekli:

- Slaytlarla Anayasa m. 90 hükmü karşısında AİHS'nin iç hukukumuzda normlar hiyerarşisindeki yeri ortaya koyulur.
- AİHS'deki soyut ve somut norm ayrımına dikkat çekilir.
- AİHS'nin somut düzenlemelerinin doğrudan uygulanabileceğine; ilke içeren soyut normlarının iç hukuk kurallarının yorumlanmasında araç olarak kullanılacağına işaret edilir.
- Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının oranı açıklanır ve Sözleşme hükümlerine ve Mahkeme'nin içtihatlarına uygun işlem yapmanın ve iç hukuk normlarının bu anlayış çerçevesinde yorumlanmasının önemine işaret edilir.
- Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuruya konu yapılabilecek olan hak ihlallerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında olup da aynı zamanda Anayasa'da güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklere ilişkin olduğuna vurgu yapılır.
- Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarının soruşturma ve kovuşturmaya etkisi yani Anayasa Mahkemesinin ilk derece mahkemelerine yönelik ne tür karar verebileceği açıklanır.

Dersin amacını kısaca tekrarlayın, katılımcılara sormak istedikleri sorular veya paylaşmak istedikleri görüşler olup olmadığını sorup dikkat ve katkılarından dolayı teşekkür edin.

İçerik Materyali: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzdaki Yeri (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme)

3.1. Giriş

Avrupa Konseyi üyesi olan devletler arasında 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan "İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Korumaya İlişkin Sözleşme" (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 3 Eylül 1953'te beş Ek Protokol ile birlikte yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşme'yi 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun'la onaylamıştır.[1]

Avrupa Konseyince hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, insan hak ve özgürlüklerinin güvenceleri belirlenmiştir. Sözleşme'de; herkesin yaşam hakkının kanunun koruması altında olduğu (AİHS m. 2), hiç kimseye işkence yapılamayacağı, insanlık dışı yahut onur kırıcı ceza verilemeyeceği veya muamele yapılamayacağı (AİHS m. 3), her bireyin özgürlüğe ve güvenliğe hakkı olduğu ve yetkili bir mahkeme tarafından mahkûmiyeti üzerine kurallara uygun biçimde hapsedilmesi dışında, özgürlüğünden mahrum edilemeyeceği öngörülmüştür (AİHS m. 5). Bunun gibi, özel yaşama, haberleşmeye müdahalenin demokratik bir toplumda hangi koşullarla gerçekleşebileceği yine Sözleşme'de belirtilmektedir (AİHS m. 8). Sözleşme'de yer verilen özellikle yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul sürede adil yargılanma ilkesi, masumluk karinesi, savunma hakkı (AİHS m. 6), tüm taraf ülkelerin ceza muhakemesi kuralları bakımından özel bir önem taşımaktadır.



Sözleşme'nin adil yargılanmaya ilişkin 6. Maddesi, ceza muhakemesi bakımından özel bir öneme sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sözleşmeci devletlere, kendi egemenlik alanlarında bulunan bireylerin Sözleşme'nin kapsamına giren hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yükümlülüğü getirmekle yetinmemiş, uluslararası yargı denetimi mekanizması da kurmuştur. Sözleşme'nin yarattığı sistem, devletlerden başka, bireyleri de uluslararası hukukta (ilk kez) hak sahibi kılmıştır. Şöyle ki Sözleşme ile güvence altına alınan bir hak veya özgürlüğün sözleşmeci devlet tarafından çiğnenmesi durumunda mağdur olan birey, kural olarak iç hukuk yollarını tükettikten sonra, o devleti Sözleşme ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine şikâyet edebilir yani bireysel başvuru hakkını kullanabilir. Mahkeme, Sözleşme ile yüklendiği yükümlülükleri yerine getirmeyen yani Sözleşme'de yer verilen bireysel hak ve menfaatleri koruyamadığı tespit edilen devlet aleyhine ihlal kararı verebildiği gibi tazminata da karar verebilmektedir. Bu denetim mekanizması iyi işlemekte ve kendi içtihatlarını oluşturmuş bulunmaktadır. Bu sistem 1987'den beri Türkiye'yi de yakından ilgilendirmektedir. Çünkü bu tarihte Türkiye, 1954'te onayladığı 1950 tarihli Sözleşme'nin bireysel başvuruya ilişkin hükmünü tanımıştır. Türkiye, Mahkemenin (Divanın) zorunlu yargı yetkisini ise 1990'dan itibaren geçerli olacak şekilde 1989 tarihinde kabul etmiştir.[2] [3]

Sözleşme ile oluşturulan denetim mekanizması 11 No.lu Protokol ile yeniden

1 RG 19.3.1954, No. 8662

2 Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular bir önceki yıla oranla %14 artmış, dava sayısı 13.549'a ulaşmıştır. Aleyhine başvuru yapılan devletler arasında Rusya ilk, Türkiye ise ikinci sırada yer almaktadır. Bk. İ. Karakaş, "Son Dönemde Türkiye Hakkında Verilen Önemli Kararlar", 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 2009, 21

3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 No.lu Protokol'ün 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmesiyle Komisyon ve Mahkeme (Divan) ayrımı kalkmıştır. Bk. RG 20.6.1997, No. 23025

yapılandırılmıştır.[4] Çünkü başvurulardaki ve Avrupa Konseyine üye ülke sayısındaki artış, Sözleşme'nin güvence altına aldığı insan hak ve özgürlüklerinin korunmasının etkinliğini artırmak gereğini ortaya çıkarmıştır.[5]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokol hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları, Sözleşme'ye taraf ve bu Sözleşme'nin yargı mekanizmasına tabi bir ülke olarak Türkiye bakımından son derece önemlidir.

3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukuk Sistemindeki Yeri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği (AİHS m. 6/1) gibi soyut ilke niteliğinde kuralların yanı sıra "mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyor ise bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak (m. 6/3-e)" veya "kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında derhâl, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak" (m. 6/3-a) gibi somut normları da ihtiva etmektedir.

Sözleşme'nin soyut normları ilke niteliğindedir ve yeni düzenlemelerin yapılamasında ve mevcutların yorumlanmasında yol göstericidir.

Sözleşmelerin ilke niteliğindeki soyut normlarının, iç hukukta yeni düzenlemelerin yapılması ve mevcut düzenlemelerin değiştirilmesi ve yorumlanmasında yol gösterici olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak sözleşmelerin somut normlarının iç hukukta gerekli yasal değişiklikler yapılmadan doğrudan doğruya bir iç hukuk kuralı gibi mahkeme kararlarına esas alınıp alınamayacağı tartışmalara konu olmuştur.

Sözleşme'nin somut normları m.90/5 gereğince doğrudan uygulanır.

Anayasa uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler yasa hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla dava açılamaz (Ay m. 90/5). Sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemediği için öğretide, yasa hükmünde mi yoksa anayasal veya yasa üstü değerde mi oldukları uzun süre tartışılmıştır.[6] Sözleşmeler yasa hükmünde kabul edilecek olursa sözleşmelerle çelişen yasalar yapılarak sözleşme hükümlerinin etkisiz kılınması mümkün olabilir. Sözleşme hükmü ile yasa hükmü eş değerde kabul edildiğinde sözleşme hükmü ile iç hukuktaki yasalar arasındaki çelişkinin de önceki-sonraki yasa ilişkisi ile çözümlenmesi gerekir.[7] [8] Bu hâlde, sözleşme tarihinden sonra sözleşmeye aykırı yasa çıkaran devlet, sadece uluslararası yaptırımlarla karşı karşıya kalabilir ve sözleşme hükümlerini dolanabilir. Buna karşılık, sözleşmelerin anayasal veya yasa üstü değerde olduğu kabul edilirse, sözleşmelerle çelişen yasalar yapılamaz. Yapılırsa sözleşmenin üstünlüğü ilkesi gereğince sözleşmenin doğrudan uygulanması söz konusu olur.

Danıştayın, sözleşmelerin iç hukukta yasa üstü konumda olduklarını, yürütme ve yargı organlarını bağlayıcı nitelik taşıdıklarını kabul eden kararları bulunmaktaydı.[9] Anayasa Mahkemesi de uluslararası sözleşmelerin Anayasa karşısındaki özel

4 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 No.lu bu Protokol'e göre, Sözleşme'ye taraf olmak, Mahkemenin yargı yetkisini tanımak anlamına gelmektedir; bu yönde ayrıca bir beyana gerek bulunmamaktadır. F. Gölcüklü/Ş. Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005, 24 vd. dn. 49-78

5 İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 11 No.lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı yerine, daimi bir mahkeme oluşturulmuştur. Bk. RG 20.6.1997, No. 23025

6 İ. Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", TBBD, 54 (2004), 186

7 Aynı yöndeki tespitler için bk. C. Şenol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3), İstanbul 2013, 21.

8 Aynı yönde bk. AyM(AYM???), 27.2.1997-55/33, RG 24.3.2001, No. 24352

9 Danıştayın 1991/933 sayılı kararı ve yorumu için bk. H. Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", 186, www.anayasa.gov.tr; Danıştayın bu şekildeki uygulamalarına ilişkin örnek kararlar için bk. B. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Eylül 2006, 19 dn.73.

konumunu kabul etmekteydi.[10] Anayasa Mahkemesinin uluslararası sözleşmelerin yasa ile eş değerde olduğunu kabul eden kararı da bulunmaktaydı.[11] [12]

Yargıtay da Sözleşme hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabileceğini ve Sözleşme hükümlerinin iç hukuk kuralına istisna getirmiş olabileceğini kabul etmişti. Yargıtay AİHS'nin 6/3-e maddesiyle ilgili olarak bu yönde uygulama yapmıştı.[13]

Yasa koyucu, yasa hükümlerinin Sözleşme hükümleri ile çatışması hâlinde nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin sorunların çözümlenmesine yardımcı olacak düzenlemeyi, 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa[14] m. 7 ile Ay m. 90/5'e eklediği ek cümleyle çözmeyi amaçlamıştır. 5170 sayılı Yasa ile eklenen Ay m. 90/5'in son cümlesine göre, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."*. Böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasa üstü hiyerarşik bir değer tanınmıştır.[15] Yasaya aykırı olduğu veya sonraki bir yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek sözleşmenin iç hukukta uygulanması engellenemez.[16] [17]

Belirtelim ki Anayasa hükmünün, AİHS'nin "Tanınmış İnsan Haklarının Korunması" başlığını taşıyan 53. maddesi göz önünde bulundurularak uygulama alanının ortaya koyulması gerekir. AİHS m. 53'e göre, "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarını ve onun taraf olduğu başka bir sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek bi¬çimde yorumlanamaz.". Bu düzenlemeler çerçevesinde insan hakları ve temel özgürlüklerini genişleten hükümlerin, kaynağı ne olursa olsun öncelikle uygulanması gerektiği söylenebilir. Bu bağlamda Ay m. 90/5'teki "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla 'yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi' " ifadesi, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla 'yasaların hak ve özgürlüklerin aleyhine olacak şekilde farklı hükümler içermesi' " şeklinde anlaşılmalıdır.

---

10 İ. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1996, 123

11 Anayasa Mahkemesi, 27.2.1997-55/33 gün ve sayılı kararında açıkça uluslararası anlaşmaların yasa ile eş değerde olduğunu belirtmiştir. "(...) Anayasa'da, çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir anlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir.". RG 24.3.2001, No. 24352

12 YCGK, 12.3.1996-6-2/33, YKD XXII, 4 (Nisan 1996), 621-624; Y9CD, 8.11.2001-2125/2765, YKD XXVIII, 9 (Eylül 2002), 1442-1443, N. Centel/H. Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, İstanbul 2013, 63-64. Öğretide sözleşmelerin iç hukuka aktarılmasında yeni bir işleme gerek kalmadan uygulanacağı kabul edilmektedir. Bk. Şahbaz, 188

13 AİHS m .6/3-e'nin doğrudan uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tereddüt nedeniyle kanun koyucu, tercümana ödenen masrafların yargılama giderlerinden sayılmayacağını açıkça hükme bağlamıştır (CMK m.324/5).

14 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun. RG 22.5.2004, No. 25469

15 "Uygulanmayacak bir yasa Meclis tarafından da kabul edilemez. Bu nedenle İHAS gibi insan haklarına güvence sağlayan bir uluslararası sözleşme ile çatışma yaratacak bir hükmü yasa koyucunun yürürlüğe sokması Anayasa'ya aykırılık yaratır. Çatışma yaratan bir yasa hükmü karşısında Anayasa Mahkemesi md 90/son gereğince yasayı iptal etme yetkisine sahiptir. Fakat AYM henüz bu türden bir yorum yapmamıştır." Bk. S. İnceoğlu, (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Yayınları, İstanbul 2013, 10.

16 F. Gölcüklü/Ş. Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, 19 vd.

17 Son cümlenin teklif gerekçesinde, "uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmalar ile yasa hükümlerinin çelişmesi hâlinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine 'öncelik' verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90'ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmedir" denmiştir. Teklifin genel gerekçesinde, insan haklarına güvence sağlayan İHAS'ye atıf yapılmış ve Kopenhag Siyasi Kriterleri'ne uyum amacıyla bu değişikliklerin yapıldığı vurgulanmıştır. Bk. İnceoğlu, (Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 8-9

Sözleşme'nin somut hükümleri iç hukukta usulüne göre yürürlüğe girdiğinde, artık Sözleşme'den önce yürürlükte olan ve Sözleşme hükmü ile çatışan iç hukuk kuralları örtülü olarak değişmiş veya iç hukuk kuralına istisna getirilmiş sayılır.

Ayrıca, iç hukukta bir değişiklik yapmaya gerek bulunmamaktadır. Bu tür hükümler doğrudan doğruya uygulanabilirler.[18] Sözleşme'nin iç hukukta yürürlüğe girmesinden sonra da Sözleşme'ye aykırı hükümler içeren yeni yasalar yapılamayacaktır. Ancak belirtelim ki Sözleşme'ye aykırı hükümler içeren yeni yasalar yapılması hâlinde, bu tür yasaların Sözleşme'ye aykırılığını denetleyecek bir mekanizma bulunmamaktadır. Bu hâlde, yasa ile Sözleşme arasında çelişki bulunduğunu tespit eden hâkim,[19] Anayasa hükmü uyarınca, Sözleşme hükümlerini dikkate almalı ve hükmüne dayanak yapmalıdır.

Sözleşme'deki soyut nitelikte olan yani Sözleşme'nin ilke içeren hükümleri ve bazı hâllerde somut nitelikteki hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları ile somutlaşmakta; ilkelerin ve kuralların anlamı ve kapsamı ortaya koyulmaktadır.

Soyut normlar ve içtihatlar, yasama faaliyetlerinin içeriğini etkileyebilir ve her kademede yani ilk derece mahkemelerinden Anayasa Mahkemesine kadar tüm yargı faaliyetlerinde yorum aracı olarak kullanılabilir.[20] [21]Belirtelim ki yorum demek, somut bir norma anlam vermek demektir; yeni bir kural yaratılması anlamına gelmez.

Sonuç olarak; ceza mahkemeleri, sözleşmelerin kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin somut düzenlemelerini yasa hükmü gibi doğrudan doğruya[22] yani ulusal bir tasarrufa gerek duymadan uygulayabilir ve kararlarında bu hükümlere dayanabilirler.[23] Mahkemeler, sözleşmenin soyut düzenlemelerini ise ulusal yasanın yorumunda destek ölçü normu olarak kullanabilirler.[24] Somut sözleşme hükümleri, sözleşme usulüne uygun olarak yürürlüğe girdiğinde sözleşme minimum düzeyde yasa hükmünde olduğundan ceza hukukunun doğrudan kaynakları; soyut hükümleri ise dolaylı kaynakları arasındadır.

18 Aynı yönde yorum için bk. Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", 188, www.anayasa.gov.tr

19 Sözleşme ile yasa arasında uyuşmazlık olup olmadığını tespit makamı, uyuşmazlığın önünde olduğu ulusal yargı makamıdır. Bk. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, 23-24, ayrıca bk. dn.90; Ancak bu hâlde somut uyuşmazlık bakımından sözleşmeye aykırılığı tespit edilen yasanın uygulanmaya devam edilmesi gibi bir sorun ortaya çıkacaktır. Bk. Yaltı, "Vergi Yükümlüsünün Hakları, 36.

20 Hukukun genel ilkelerinin yorum aracı olduğu hakkında bk. N. Centel/H. Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2013, 43; 1989/4 sayılı Karar'ında Danıştay, ağır toplumsal koşulların varlığı ve baskısı altında yürürlüğe giren kanunların anlamının, amaçsal bir yorumla ve Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ilkeleri göz önünde bulundurularak tespit edilmesi gerektiğini açıklamaktadır. DİBK, 7.12.1989-6/4, RG 9.2.1990, No. 20428, bk. Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", 186, www.anayasa.gov.tr

21 "Ulusal yargıç, Sözleşme'yi yorumlarken İHAM kararlarına uygun bir biçimde yorum yapmalıdır, aksi hâlde İHAS'yi öncelikle uygulama görevini yerine getirmiş olmaz. (...) Mahkemelerin zaman zaman insan haklarına koruma getiren sözleşmelerin yetkili organlarının yorumlarından çok sözleşmelerin metnine bakarak yorum yapmayı tercih ettiklerini gözlemlemek mümkündür. Bu durum uluslararası sözleşmenin millî yorumuna neden olmaktadır ki oldukça sorunlu olduğunu belirtmek gerekir." İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 9

22 Doğrudan uygulama hakkında bk. B. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul 2006, 26.

23 Bk. YCGK, 12.3.1996-6-2/33, YKD XXII, 4 (Nisan 1996), 621-624; Y9CD, 8.11.2001-2125/2765, YKD XXVIII, 9 (Eylül 2002), 1442-1443

24 Danıştayın bu şekildeki uygulamalarına ilişkin örnek kararlar için bk. Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, 19, dn.73-75

3.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvurudan Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruya

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru,[25] insan haklarının ihlali sorununu olabildiğince iç hukukta çözerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruları azaltmak amacıyla kabul edilmiş bir hak arama yoludur.[26] [27] [28]

Anayasa'da Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 148. madde, 2010 yılında değiştirilerek Anayasa Mahkemesine, bireysel başvuruları inceleme görevi verilmiştir.[29] Ay m. 148'e eklenen fıkralara göre, "Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.".[30] [31] "Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." "Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

Anayasa m. 148'e uygun olarak, "Bireysel Başvuru" yolu 30.3.2011 gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un dördüncü bölümünde düzenlenmiştir.[32]

Bireysel başvuru yoluna, 23.9.2012 tarihinden itibaren kesinleşmiş nihai işlem ve kararlara karşı gidilebilmektedir (AyMKYUK m. 76/1-a). Yüksek Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler (AyMKYUK Geçiş m. 1/8).

Bireysel başvuru yolu, olağan ve olağanüstü kanun yolları dışında kendine özgü bir hak arama yoludur.

Bireysel başvuru yolu, olağan ve olağanüstü kanun yollarından başvuru yöntemi ve sonuçları itibarıyla ayrılan kendine özgü bir hak arama yoludur.

25 Anayasa Şikâyeti de denilen bu hak arama yolunun anlamı ve tarihsel gelişimi hakkında bk. T. Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme), İstanbul-Haziran 2013, 5-61

26 Ay m.148/3-Gerekçe

27 Hasan Uzun-Türkiye (Başvuru No. 10755/13) Davası'nda, T.C. Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru hakkı sağlayan yeni kanun yolunun başlıca özelliklerini inceleyen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi oy çokluğuyla 23 Eylül 2012 tarihinden sonraki kesinleşmiş nihai mahkeme kararlarına dair Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunun tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olduğuna dikkat çekerek, başvurucunun Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunu tüketmesi gerekirken tüketmemiş olması nedeniyle ilgili başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. "AİHM Yazı İşleri Müdürü Basın Bildirisi"-AİHM 147 (2013), 14.5.2013.

28 Değişik ülkelerdeki durum için bk. B. Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", Anayasa Yargısı Dergisi, C.25, 2008, 19-59; R. Mellinghof, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 31-44; V. Zorkin, "Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 283-292; P. Paczolay, "Anayasa Şikâyeti: Bir Karma Çözüm mü?", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 313-320; K. Jong-Dae, "Anayasa Şikâyeti Sistemi: Kore Deneyimi", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 145-153; G. Holzinger, Gerhart, "Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 61-79; G.D.G, Pimentel, "Ampora Ne İçindir?", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 101-110. Tüm çalışmalar için bk. www.anayasa.gov.tr (Yayınlar).

29 7.5.2010 gün ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 18. Bk. RG 13.5.2010, No. 27580

30 "37. Anılan Anayasa ve Kanun hükmüne göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No. 2012/1049, 26/3/2013, § 18)". AyMK, 9.1.2014, Bireysel Başvuru No. 2013/533, RG 25.2.2014, Sayı: 28924

31 30.3.2011 gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45/2. maddesi şöyledir: "İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem veya ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir."

32 RG 3.4.2011, No. 27894

Bu hak arama yolu, olağan ve olağanüstü kanun yolları sonucunda verilen kararların hukuka uygunluğunun denetlendiği bir kanun yolu değildir.[33]



Bireysel başvurunun konusunu, kamu gücünün ihlale yol açan işlemi, eylemi veya ihmali[34] oluşturabilir (AyMKYUK m. 46/1).[35] Kamu gücünün işlem, eylem veya ihmali ile hangi hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi hâlinde bireysel başvuru yoluna gidilebileceği gösterilmiştir. Anayasa'ya göre, *"Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."* (Ay m. 148/3).[36] İhlal edildikleri gerekçesiyle bireysel başvuruya konu yapılabilecek olan hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümleri, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası bir sözleşmenin ve yargı mekanizmasının kılavuzluğuyla yorumlanabilecek olan hükümlerdir. Anayasa m. 148/3 hükmü, anayasal hak ve özgürlüklerin Sözleşme Hukuku'nda ve içtihatlarında ortaya koyulmuş olan standartlara uygun yorumlanmasını gerektirmektedir.[37] Bu nedenle de Sözleşme hükümleri ve yorumu iç hukukumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir.

Sonuç olarak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamında olup da aynı zamanda Anayasa'da güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin korunması için devlet, aktif ve pasif yükümlülük altına girmiştir. Bireysel başvuru yolunu kabul ederek devletin bir anlamda bu yükümlülüğünü ikmal ettiği söylenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında öngörülmüş olan adil yargılamaya hizmet eden hakların ihlali iddiaları, öncelikle Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuru kapsamında incelenecektir.

Anayasa Mahkemesi, esasın incelenmesi sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine veya edilmediğine karar verir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.[38] Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez (AyMKYUK m. 50/1). Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için *yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.* Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, *Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir* (AyMKYUK m. 50/2).

---

33 Bu hak arama yolu için bk. H. Ekinci/M. Sağlam, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa Konseyi 2012, www.anayasa.gov.tr

34 Kamu gücünün ihmal biçimleri hakkında bk. Şirin, 363, yasama ihmalleri hakkında ayrıca bk. 365 vd.

35 Kamu gücü kavramı ve kamu gücü müdahalesinin özel nitelikleri hakkında bk. Şirin, 263-269-383-407

36 Başvuruya konu olabilecek hakların, içtihatlar ışığında AİHS ve Anayasa karşılaştırmalı olarak açıklaması hakkında bk. S. İnceoğlu(Editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, 2. Bası, İstanbul 2013, 115 vd.

37 Bireysel başvuruda kamu gücünün işlem, eylem ve ihmali ile ihlal ettiği iddia edilebilecek olan haklar hakkında bk. O. Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012, 5-65; S. Turabi, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Ankara 2013, 43-91.

38 Örnek karar: "76. başvurucu hâlâ tutuklu olarak yargılanmaktadır. Mahkemenin, başvurucunun tutuklu kaldığı sürenin makul olmadığı ve kanuni tutukluluk süresinin aşıldığı yönündeki tespitleri dikkate alınarak 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre gereğinin yerine getirilmesi için kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.". Bk. 2012/1137-2/7/2013, RG 18.7.2013, No. 28711

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal kararını, kendine özgü bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesinin ihlal tespiti, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 311 ve 314'te sayılan yenileme nedenlerine ek bir neden olarak değerlendirilebilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda etkin bir soruşturma yapılmadan kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespiti, soruşturmanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir (CMK m. 172/3). Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğü kapsamında (Ay m. 36), etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle bir ihlal tespit ettiğinde, kanımızca ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasına da karar verebilir (AyMKYUK m. 50/1). Bu noktada Anayasa Mahkemesinin etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle verdiği ihlal kararı, soruşturmanın yenilenmesi nedeni olarak karşımıza çıkacaktır.

3.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuza Etkisi

3.4.1. İhlal Kararının Somut Davaya Etkisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bünyesinde oluşturulan yargı sistemi 1987'den beri Türkiye'yi de yakından ilgilendirmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu tarihte Türkiye, 1954'te onayladığı 1950 tarihli Sözleşme'nin bireysel başvuruya ilişkin hükmünü tanımıştır. Türkiye, Mahkemenin (Divanın) zorunlu yargı yetkisini ise 1990'dan itibaren geçerli olacak şekilde 1989 tarihinde kabul etmiştir.[39] [40]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği kararlarla ya ihlali tespit eder ya da hem ihlali tespit eder hem de somut olayda doğan zararların tazmin edilmesini emreder. Taraf devletin, somut dava ile ilgili olarak ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır (AİHS m. 1). Mahkemenin kararları doğrudan iç hukuk organlarının kararlarını iptal etmez, değiştirmez veya bozmaz. Ayrıca kural olarak verilen kararlar sadece somut davanın tarafları üzerinde bağlayıcı olmaktadır.[41]

Mahkemenin kararları, iç hukuk organlarının kararlarına etki etmediğinden bu kararların değiştirilebilmesi için iç mekanizmaların yaratılması da devletin pozitif yükümlülüğü kapsamındadır.

Somut dava ile ilgili olarak ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü kapsamında, Türk hukukunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şu düzenlemeler yapılmıştır:

39 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Türkiye aleyhine yapılan başvurular bir önceki yıla oranla %14 artmış, dava sayısı 13.549'a ulaşmıştır. Aleyhine başvuru yapılan devletler arasında Rusya ilk, Türkiye ise ikinci sırada yer almaktadır. Bk. İ. Karakaş, "Son Dönemde Türkiye Hakkında Verilen Önemli Kararlar", 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 2009, 21

40 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 11 No.lu Protokol'ün 11 Kasım 1998'de yürürlüğe girmesiyle Komisyon ve Mahkeme (Divan) ayrımı kalkmıştır. Bk. RG 20.6.1997, No. 23025

41 Sözleşme'nin "Kararların bağlayıcılığı ve uygulanması" başlıklı 46. maddesine göre, "1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. 2. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.".

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararları, iç hukukumuzda somut dava ile ilgili olarak soruşturma başlatma ve yargılamayı yenileme nedeni teşkil etmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 172/3'e göre, "Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.".[42] [43] Bu düzenleme, özellikle işkence iddiaları sonucunda yapılan soruşturma sonunda şüpheli hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını etkisiz kılmayı amaçlamaktadır. Bu sayede Türk hükûmeti, kişilere karşı vücut bütünlüğünü ve yaşama hakkını etkin bir şekilde koruma yükümlülüğünü yerine getirmeye yönelik bir düzenleme yapmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları, tek başlarına, lehe bir yargılamanın yenilenmesi nedeni teşkil etmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 311/1-f hükmüne göre, "Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya Eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması yenileme nedenidir. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.". Madde 311/2 hükmüne göre ise "Birinci fıkranın f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.".[44]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tespit ettiği ihlal ile ceza mahkûmiyeti arasında sebep sonuç ilişkisinin olması gerekir.

Bu illiyet bağı ihlal kararında gösterilmiş olmalıdır. İhlal; kanunlardaki boşluktan, muhakeme süjelerinin eylem ve işlemlerinden veya iç hukuk kurallarının farklı yorumlanarak uygulanmasından doğmuş olabilir. Yasal boşluk nedeniyle ortaya çıkmış olan ihlalin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince tespit edilmiş olması, doğrudan yargılamanın iadesi nedeni olamaz. Çünkü bu hâlde yasal değişiklik yapılmadan hükmün değişme olasılığı söz konusu olmayacaktır. Öncelikle yasal değişikliğin gerçekleşmiş olması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince ihlalin muhakeme süjelerinin eylem ve işlemlerinden veya iç hukuk normlarının farklı yorumlanmasından meydana geldiğinin tespit edilmesi hâlinde, bu durum, hükme etkili olmak koşuluyla doğrudan yargılamanın iadesi nedeni teşkil edebilir.

42 Bk. 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun m. 19. RG 30.4.2013, No. 28633.

43 Anayasa Mahkemesinin ihlal kararları vermesi hâlinde bu düzenlemenin karşılığı şu hüküm olabilir: 30.3.2011 gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 50/1'e göre, "Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine veya edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.".

44 30.3.2011 gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da bireysel başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesi hâlinde yeniden yargılama yapılması öngörülmüştür. AMKYUK m. 50/2'ye göre, "Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.". RG 3.4.2011, No. 27894

Belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal tespit eden kararının yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi için, tespit edilen ihlalin, yapılacak yeni yargılamada giderilebilecek nitelikte olması gerekir.

Örneğin, sanığa, tanıkları sorgulama imkânının verilmediği veya isnadın anlatılmadığı gerekçesiyle savunma hakkının ihlal edildiğini tespit eden kararların gereği, yeni yargılamada yerine getirilebilir ve bu tür ihlal kararları iade nedeni olabilir. Buna karşılık örneğin tutukluluk süresinin uzun olduğu gerekçesiyle verilen ihlal kararının gereği yapılamaz ve bu ihlal kural olarak hükme de etkili olmayacağından iade nedeni olmaz. Bu hâlde ihlal ile hüküm arasında illiyet bağı da kurulamaz. İhlalin, tazminat yoluyla giderilip giderilememesinin ihlalin iade nedeni yapılmasına bir etkisi yoktur.[45]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerini, iç hukukta Anayasa Mahkemesi almıştır. Anayasa Mahkemesinin ihlal tespit eden kararlarının, soruşturmanın yenilenmesi nedeni veya yargılamanın iadesi nedeni teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmeye yukarıda yer verilmiştir.

3.4.2. İhlal kararlarının ceza ve ceza muhakemesi hukuku uygulamasına etkisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararları, yukarıda da belirtildiği üzere Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin taraf devletler tarafından ihlal edildiğine dair tespitler içermektedir. Bu ihlaller; taraf devletler Sözleşme'ye uygun olarak hak ve özgürlükleri koruyucu normlar öngörmedikleri için (iç hukuklarında boşluk bulunması dolayısıyla) veya bu hak ve özgürlükleri ihlal eden yani Sözleşme hükümleri ile çatışan normlara sahip oldukları için veya uygulamacının normların kendisine tanıdığı takdir hakkını hak ve özgürlükleri koruyacak şekilde kullanmamasından veya iç hukuka aykırı olan veya olmayan ancak Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hakları ihlal eden eylem ve işleri kendi yargı organlarınca tespit edip zararı gidermedikleri için ortaya çıkmaktadır. Aşağıda iç hukukumuzda ve uygulamamızda hangi tür ihlallerin nasıl giderilmeye çalışıldığına ve uygulamanın, ihlalleri azaltmadaki rolüne işaret eden örneklere yer verilmeye çalışılmıştır.

Belirtelim ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'ye taraf ülkelerin kendi dinamikleri ile sürekli ilişki hâlinde olmaları nedeniyle; özel hayat, ifade özgürlüğü gibi sınırlanabilir haklar söz konusu olduğunda, hem iç hukuktaki kanun koyucuya hem de yargı mercileri de dâhil olmak üzere yürürlükteki kanunları yorumlamak ve uygulamakla görevli olan diğer ulusal makamlara; ulusal güvenlik, kamu düzeni, ülkenin ekonomik refahı, genel sağlık, genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi hak ve özgürlüğü sınırlama nedenlerinin içeriğini belirlemek konusunda takdir hakkı tanımaktadır.

45 1412 sayılı CMUK m. 327/a'daki düzenleme şu şekildeydi: "Kesinleşmiş bir ceza hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya Eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41'inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler./Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir.".

Mahkeme, ulusal kanun koyucunun ve ulusal makamların takdir hakkını kabul etmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlerin kanun koyucularının ve uygulamacılarının takdir haklarını tanımakla beraber bu hakkın sınırlarının aşılıp aşılmadığını ve Sözleşme'de düzenlenen hakların etkili bir şekilde korunmaya devam edilip edilmediğini denetlemektedir.

Bu yönüyle bir anlamda taraf devletlerin kanun koyucusu yani iç hukuku ve uygulaması sürekli insan hakları sınavı vermektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere hak ve özgürlük ihlallerinin bir kısmı yasal boşluklardan veya mevcut yasal düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları bu noktada kanun koyucuya, hak ve özgürlükleri koruyacak şekilde norm koyma veya mevcut normu yeniden düzenleme konusundaki pozitif yükümlülüğünü hatırlatıcı rol oynamaktadır.

İhlal, yasal boşluk nedeniyle veya mevcut normların Sözleşme'ye aykırı olmasından meydana gelmiş olabilir.

Bu gibi içtihatlar uygulamacıya yönelik değildir. Genellikle yasal değişiklik yapılmadan uygulamacının içtihat doğrultusunda hareket etmesi mümkün olmaz. Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231'de "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" durumu düzenlenmiştir. 22.7.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile m. 231/6'ya bir cümle eklendi. Bu cümleye göre, "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.". AİHS m. 6'ya göre, mahkemeye başvuru hakkı, kanun yolları açısından da geçerlidir.[46] Ayrıca m. 6/2'de masumiyet karinesi kabul edilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231'in ilk hâli, kişinin masum olduğunu ispat etmek için üst mahkemeye başvuru hakkını ortadan kaldırır nitelikte idi. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz hakkının tanınmış olması, itiraz denetim mekanizmasının özelliğinden dolayı, yani bu kanun yolunun mahkûmiyetin esastan denetlenmesine imkân sağlamaması nedeniyle Sözleşme ve Eki 7 No.lu Protokol'de öngörülen teminatı sağlamamaktaydı. CMK m. 231 hükmü bu noktada yoruma açık değildi. Üst mahkemeye başvuru hakkının korunabilmesi için yasal değişiklik yapılması gerekiyordu. İçtihatlar doğrultusunda gerekli düzenleme yapıldı ve bu hak ihlali kısmen ortadan kaldırıldı.

Yine örneğin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 119'da ön ödeme düzenlenmişti. Bu düzenlemeye göre, ön ödeme emri, ön ödeme teklifinin kabul edilmemesi hâlinde dava açıldığında cezanın yarı oranında arttırılacağı ihtarını içermek mecburiyetindeydi. 5232 sayılı TCK m. 75'te ön ödeme düzenlenirken bu ihtara yer verilmedi. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür ihtarların, sanığın bağımsız ve tarafsız bir

46 İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol m. 2'ye göre, "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet veya ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere yasayla düzenlenir./Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş hâliyle az önemli suçlar bakımından veya ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hâllerinde istisnaya tabi tutulabilir.".

mahkemeye başvuru hakkını (AİHS m. 6/1'i) ihlal ettiğine karar vermişti.[47] [48] Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ön ödeme kurumu düzenlenirken bu ihtara yer verilmedi. İçtihatlar kanun koyucuya yönelik etkisini gösterdi.

Usul hukukuna ilişkin diğer bir örneği Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın tebliğnamesinin ilgililerine tebliğini şart koşan düzenleme oluşturmaktadır. Çelişmeli muhakeme ilkesi çerçevesinde verilen ihlal kararları, kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya sevk etmiştir (CMK m. 297, CMUK m. 316/3).[49]

İşkence suçunda zaman aşımı kurallarının uygulanmayacağına ilişkin yasal değişiklik de aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının itici gücüyle yapılmış yasal bir değişikliktir (TCK m. 94/6). AİHS m. 3'te kişilerin işkenceye uğramama hakkı (işkence yasağı) açıkça koruma altına alınmıştır. "İşkence yasağı" mutlak haklardandır. Bu hakkın ihlaline imkân veren bir yasa normunun veya bu hakkı ihlal eden eylem ve işlemlerin meşru görülmesini gerektiren hiçbir neden yoktur. Olağanüstü koşullarda dahi bu yasağa aykırı davranılamaz. Diğer bir söyleyişle işkence görmeme hakkına müdahaleyi meşru kılan bir neden ne olağan koşullarda ne de olağanüstü koşullarda kabul edilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin işkence suçunda zaman aşımına ilişkin tespitleri şu şekildedir: "AİHM, devlet görevlilerinin 3. maddeyi ihlal eden suçlarla itham edildiklerinde, cezai yargılama ve cezalandırmanın zaman aşımına uğramaması ve af çıkarılmasına ve bağışlamaya müsaade edilmemesi gerektiğini yeniden teyit eder (Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri-Türkiye, No. 19374/03). AİHM, ayrıca, bir devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya alınmasının ve şayet mâhkum olursa meslekten men edilmesinin önemine dikkat çeker (Abdülsamet Yaman-Türkiye, No. 32446/96)."[50]

Kanun koyucu, 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle Türk Ceza Kanunu m. 94'e 6. fıkrayı eklemiş ve bu fıkra ile işkence suçu ile ilgili olarak "bu suçtan dolayı zaman aşımı işlemez" kuralını kabul etmiştir. Ayrıca, 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu m. 172/3'e bir fıkra eklenerek esas itibarıyla işkence iddialarına yönelik etkin soruşturma gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik bir düzenleme de yapılmıştır.[51]

---

47 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Deweer-Belçika Kararı'nda, ön ödemeye benzer bir kurumu ele almıştır. Olay, Belçika'da geçmiştir. Kasap Deweer'in, et fiyatlarını belirleyen kurallara uymadığı müfettiş tarafından tespit edilmiştir. Louvain Kraliyet savcısı, bu olayda dava açmaya gerek görmez ve Deweer'e, kırk sekiz saat içinde iş yerinin geçici olarak kapatılacağını ancak dostane çözüm yoluyla 10.000 Belçika frankı ödemesi hâlinde ertesi gün açılacağını bildirir. Aksi takdirde, suç hakkındaki hükmün verildiği gün kapatmanın sona ereceği, para cezasını ödemesi için sekiz günü bulunduğu ve bu çözümü kabul ederse kendisine haber vermesi de ihtar edilir. Deweer, iki gün sonra yazdığı cevap yazısında, ceza davasını ve iş yerinin kapatılmasını önlemek için dostane çözüm yoluyla belirlenen miktarı ödeyeceğini, ancak, ödediği miktara ve diğer zararlarına ilişkin olarak Belçika devletine karşı hukuk mahkemelerinde dava açma hakkını saklı tuttuğunu belirtir. Deweer, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak, hakkındaki suçlamanın, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde hakkaniyete uygun bir duruşma yapılmaksızın karara bağlandığını iddia eder. Deweer kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye başvuru hakkından feragat etmenin hukuk davalarında mümkün olduğunu kabul etmekte ve bu yöntemin ceza yargılamasında da bir ölçüde uygulanabileceğini belirtmektedir. Ancak, mahkemeye göre, suç isnat edilen kişinin ceza yargılamasını engellemek için (dostane çözüme) uzlaşmaya gitmesi hâlinde, zorlama olmamalıdır. Mahkeme, iş yerinin geçici olarak kapatılması sonucu oluşacak maddi kayıp baskısı altında dostane çözüme giden başvurucunun, zorlandığı için dürüst (adil) yargılanma hakkından vazgeçtiğini ve bunun sonucunda Sözleşme m. 6/1'in ihlal edildiğini kabul etmiştir. Deweer/Belçika Kararı, S. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, 150-151

48 S. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İstanbul 2005, 154-155

49 AİHM, Göç-Türkiye Kararı, Karar tarihi: 9.11.2000-Başvuru No. 36590/97

50 Musa Yılmaz/Türkiye Kararı, Başvuru No. 27566/06, Karar T. 30 Kasım 2010.

51 CMK m. 172/3'e göre, "Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.". bk. 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun m. 19. RG 30.4.2013, No. 28633

Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümler kısmında yer alan zaman aşımına ilişkin kurallar (TCK m. 66 vd.), işkence görmeme hakkını korumadığından, kanun koyucu, işkence suçu bakımından zaman aşımı kurallarına istisna getirmiş ve etkin soruşturma yapılabilmesi için yasal tedbirler almıştır. Yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.148'de yasak ifade ve sorgu yöntemleri arasında işkence yasağına yer verilmiş ve m. 206'da kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan delilin ikamesinin reddedileceği hükme bağlanmıştır.

Yasal değişiklikten önce zaman aşımına uğramış olan veya iç hukukta sanık aleyhine olan zaman aşımına ilişkin yeni düzenlemenin kanunilik ilkesi gereğince geriye etkili olmaması nedeniyle zaman aşımına uğramak üzere olan davalar bakımından mevzuat açık bir cevap ortaya koymamaktadır. Zaman aşımı nedeniyle düşen işkence suçu davalarında, zarar görenlerin Anayasa Mahkemesine (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine) başvurarak etkin soruşturma yapılmadığını iddia etmeleri ve Anayasa Mahkemesinin ihlal tespit etmesi hâlinde karar mahkemesinin Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun m. 50/2 gereğince yeniden yargılama yapması gerekecektir. Ancak bu hükmün sanık aleyhine işletilip işletilemeyeceği sorunu ortaya çıkabilir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararları ancak sanık lehine olarak yeniden yargılamanın nedeni yapılabilmektedir (CMK m. 311/1-f). Görüldüğü üzere sorunun ilk derece aşamasında çözülmesi gerekmektedir. İşkence suçu "özgü" bir suçtur. Fail, kamu gücünü kullanarak bu suçu işlemektedir. Âdeta işkenceyi önleme yükümlülüğü altında olan devletin taahhüdünü kendisinin ihlali anlamına gelmektedir; dolayısıyla diğer suçlara ilişkin durumların farklı yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle işkence suçuna ilişkin doğrudan ve dolaylı düzenlemeler, mağdurun korunması ön planda tutularak bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. İşkence suçu ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan kuralların, Sözleşme hükümleri ve içtihatlar doğrultusunda yeniden yorumlanması veya yeni bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

İşkence suçu ile ilgili soruşturma ve kovuşturma sürecine ilişkin ihlal, muhakeme sürecindeki aktörlerin eylem ve işlemlerinden veya bu aktörlerin yetkin olmamasından veya organizasyondan kaynaklanmış olabilir. Bu durumda uygulamaya düşen, en azından kişisel yetkinliği artırmak için çaba sarf etmek, eldeki araçları doğru ve zamanında kullanma yetisini geliştirmek olabilir. Örneğin, davalarda makul sürede yargılama yapılmadığına ilişkin kararlar da aslında uygulamacıya bu sinyali vermektedir. Devlet, pozitif yükümlülüğü kapsamında tedbir alırken uygulamacı da kendi olanakları çerçevesinde kararlara uygun yargılama yapmaya gayret etmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir kısım kararları, iç hukuktaki bazı kavramların yorumuna ışık tutucu nitelikte olabilir.

Örneğin, Sözleşme'nin 2. maddesinde "yaşama hakkı", 3. maddesinde "işkence yasağı", 8. maddesinde "özel ve aile hayatına saygı hakkı, 9. maddesinde "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü", 10. maddesinde "ifade özgürlüğü", 11. maddesinde "toplantı yapma ve dernek kurma özgürlüğü", 7. maddesinde "suçta ve cezada kanunilik ilkesi" yani kanun olmadan cezalandırılmama hakkı kabul edilmiştir. "İşkence", "özel hayat", "aile hayatı", "kanun", "genel ahlak" gibi kavramlar yorumlanması ve içeriğinin belirlenmesi gereken kavramlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'de yer alan hukuki kavramları, taraf devletlerin iç hukukundaki anlamından bağımsız olarak yani özerk olarak yorumlamaktadır.

Sözleşme'de yer alan kavramlar, bir taraf devletin hukuk sistemi içinde farklı anlam ve kapsamlara sahip olabilir. Örneğin, taraf devletin aileye saygı duyma yükümlülüğü vardır (AİHS m. 8). Mahkeme, aile hayatı kavramını, bir taraf devletin kanunlarına göre "aile" teşkil etmeyen birlikte yaşama türlerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlayabilmekte ve bu yorumuna uygun olarak başvuruları bu kapsamda değerlendirebilmektedir.

Mahkeme, kavramları, Sözleşme'ye taraf devletlerin iç hukukundan ve içtihatlarından bağımsız olarak yani özerk yorumlamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda yukarıda gösterilen ve Anayasa ile de güvence altına alınmış olan hakları korumak amacıyla kabul edilmiş suçlar bulunmaktadır. Bu haklara bireyden gelecek olan saldırıların yaptırım altına alınması da hakkın bir çeşit korunmasını oluşturur ve taraf devletler, bu haklara yönelik saldırıları kimden gelirse gelsin yaptırım altına alarak pozitif yükümlülüğünü yerine getirmektedirler. Örneğin, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (TCK m. 114), konut dokunulmazlığı ihlali (TCK m. 116), haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134) suçları Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmıştır. Ancak "özel hayatın" sınırları, "kötü muamelenin hangi noktada işkenceye" dönüştüğü gibi hususlar içtihatlarla ortaya koyulmuştur. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin özel hayatı, işkenceyi, aile hayatını tanımlayan içtihatları[52] Yargıtay içtihatları gibi hâkimin suç tanımını yorumlamasında ve uygulamasında yol gösterici olacaktır.

Aynı şekilde bağlantılı davalarda veya sanığın birden fazla suç isnadı altında olduğu hâllerde verilen birden fazla tutuklama kararı söz konusu ise tutukluluk süresinin ne olacağı konusu diğer bir söyleyişle Ceza Muhakemesi Kanunu m. 102'de gösterilen tutukluluk sürelerinin nasıl belirleneceği, yoruma açık bir konudur. Bu hükmü, derece mahkemesinin hâkimleri de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi hâkimleri gibi Sözleşme ve içtihatlarına uygun olarak yorumlama ve tatbik etme imkânına sahiptir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 102 şu şekilde yorumlanabilir: "Somut dosyada, bir tutuklama kararı ile birden fazla suç için tutuklama kararı verilmiş ve mahkemesince, ... bağlantı nedeni ile birden fazla ağır cezalık suçların bir mahkemede ve tek tutuklama müzekkeresine bağlı olarak infaz edilen tutukluluk hâllerinin her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesinde zaruret bulunmaktadır..." gerekçesiyle talep ve itiraz reddedilmiştir. İtirazı inceleyen ağır ceza mahkemesi de "... işlenen birden fazla suçun her birinin bağımsız nitelikte olduğu, CMK'nın 102. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki sürenin her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiği, kanun koyucunun amacının da bu yönde olduğu, ..." gerekçesiyle itirazı reddetmiştir".

Ancak hüküm şu şekilde de yorumlanabilir ve uygulanabilir: "... 43. ... Bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hürriyetten yoksun bırakmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralı gereğince, başvurucunun tutukluluk durumunun 'kanuni' dayanağının bulunup bulunmadığının, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir. ... 48.

52 Bk. H. Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), İstanbul 2010, 28 vd.

5271 sayılı Kanun'un 102. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişilerin tutulabileceği azami kanuni süreler düzenlenmiştir. Madde metninde, ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Bireyler hakkındaki birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması hâlinde bu soruşturma ve kovuşturmaların belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmaların tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez. Suç ve sanık sayısı, davanın karmaşık olması gibi etkenler tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup kanuni tutukluluk süresinin belirlenmesinde esas alınmaları mümkün değildir. Normun lafzı ve amacı, tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve 5271 sayılı Kanun'un 102. maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde, aksine bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir."[53]

Tekrar belirtelim ki Anayasa Mahkemesi ve mahkemeler aynı Sözleşme hükmüne ve aynı içtihatlara tabidirler. O hâlde uygulamacının bir normu yorumlarken başvurduğu önemli kaynaklardan birisi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıdır. Yukarıdaki somut örnekte, Anayasa Mahkemesinin, Sözleşme ve içtihatlara uygun bir şekilde yapmaya çalıştığı yorumu, ilk derece mahkemesi ve itiraz merci de yapabilirdi.

Devletin egemenlik alanlarını aşağılama (TCK m. 300), Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama (TCK m. 301), halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (TCK m. 213), suç işlemeye tahrik (TCK m. 214), suç ve suçluyu övme (TCK m. 215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (TCK m. 216) gibi ifade suçları bakımından ifade özgürlüğü, haber verme ve eleştiri özgürlüğü, hukuku uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Anayasa ve Sözleşme ile tanınmış olan ifade özgürlüğünün kullanılmış olması bu suçlar bakımından hukuka uygunluk nedenidir. Hangi tür açıklamaların bu hakkın kapsamının dışına çıktığını ve suçun maddi unsurunu oluşturduğunu tespit edebilmek için ifade özgürlüğünün ne olduğunu ve kapsamını iyi ortaya koymak gerekir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ile ilgili olarak verdiği kararlar, Yargıtay'ın içtihatları gibi hukuka uygunluk nedeninin sınırının belirlenmesinde yol gösterici olacaktır. Bu nedenle Mahkeme içtihatlarının özellikle bu noktada Yargıtay içtihatları gibi takip edilmesi gerekmektedir.

Aslında Anayasa'mızdan kaynaklanan ifade özgürlüğü (eleştiri hakkı) Anayasal bir haktır ve hakkın icrası TCK m. 26'ya göre bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak bu hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının tespitinin zorluğu ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarını takip etmedeki zorluk bu konuda birçok ihlal kararının çıkmasına neden olmaktadır. Aslında bu tür ihlal kararlarının çıkmasını engelleyecek olan uygulama aktörleridir. Ancak uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına karşı duyarlılık kazanması çok uzun süreceğinden kanun koyucunun

53 AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/521; AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/1137, prg. 47,48,49; AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/239, prg. 50,54,55, RG 18.7.2013, No. 28711; AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/348, prg.44

gerekmediği hâlde bazı suçlar bakımından bu hukuka uygunluk nedenine ayrıca ve açıkça işaret ettiği görülmektedir. Örneğin TCK m. 218, 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile değiştirilmiş ve "Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz." denilerek, hukuken gerekmediği hâlde uygulamanın konuya dikkati çekilmeye çalışılmıştır. Aynı şekilde 30.4.2008 tarih ve 5759 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama suçu yeniden düzenlenmiş ve suçun düzenlendiği TCK m. 301/3'te, "eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz" hükmüne yer verilmiştir. Belirtelim ki düzenlemede "haber verme sınırlarını aşmayan, eleştiri amacıyla yapılan" düşünce açıklamalarının cezalandırılmayacağı ortaya koyulmuş ancak neyin haber neyin eleştiri olduğu belirtilmemiştir. Bunun kazuistik olarak belirtilmesi de mümkün değildir. Bu konudaki takdir mahkemeye aittir. Mahkemenin takdir hakkını doğru kullanmadığına inanan hak sahibi, bir sonraki aşamada Anayasa Mahkemesine ve daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuracaktır. Bu süreçlerin olumsuz etkilerini bertaraf edebilmek için uygulamacının "ifade özgürlüğü" algısının değişmesi gereklidir. Bu da ancak bir ölçüde Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarının takip edilmesiyle ve uygulanmaya çalışılmasıyla gerçekleşebilir.

Yukarıda belirttiğimiz özel hayat, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti gibi haklara koruma tedbirleri kapsamında müdahaleler söz konusu olabilmektedir. Bu hak ve özgürlüklere muhakeme sürecinde müdahale kanunla olabilmektedir. Mahkeme, taraf devletin, bu haklara kanunla ve hakların düzenlendiği hükümlerdeki sınırlama gerekçelerine uygun olarak müdahale etmediğini veya bu müdahalenin demokratik devlette gerekli olmadığını tespit etmiş ve ihlal kararı vermiş olabilir. Bu ihlal kararlarının gereğini yapmak ve normu yeniden düzenlemek devletin yükümlülüğüdür. Ancak, yakalama, gözaltı, iletişimin denetlenmesi, gizli tanıkların duruşmada sorgulanması ile ilgili olarak bu kurumların uygulanması sırasında adli makamların takdir haklarını özgürlüklerden yana kullanmamaları veya koşulları doğru değerlendirememeleri söz konusu olabilir. Örneğin iletişimin denetlenmesine karar verilirken kuvvetli şüphe bulunmadan bu karar verilmiş ve özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olabilir. Bu tür ihlallerin söz konusu olmaması için uygulamacının içtihatları değerlendirerek kişi hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil eden tedbirlerin uygulamasını daraltması gerekebilir. Bu haklara yönelik ihlaller yasal düzenlemeden değil adli makamların işlemin uygulanması sırasında takdir haklarını çok geniş kullanmasından kaynaklanabilir. Kural olarak yasal düzenleme ile bu tür ihlallerin önüne geçilemez zira sorun, yasal düzenlemede olmayıp takdir hakkının kullanımındadır. Takdir hakkının Sözleşme Hukuku dikkate alınarak kullanılmaya özen gösterilmesi ihlalleri azaltabilir. Uygulamacı bu sayede belki iç dinamiklerden ve ön yargılarından uzaklaşabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere iç hukuk normunda Sözleşme'ye aykırılık bulunmazken uygulamacının, normun kendisine verdiği takdir hakkını çok geniş kullanması nedeniyle hak ihlalleri doğabilir.

Sözleşme'nin 2. maddesiyle yaşama hakkı korunmaktadır. Örneğin, kamu görevlilerinin bir operasyon esnasında taksirle ölüme neden olduğu bir olayda, ulusal mahkeme ceza miktarı iki yılın altında kaldığı için hükmün açıklanmasının

geri bırakılmasına karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kurumun uygulanmasına ilişkin olarak derece mahkemesinin takdir hakkını doğru kullanmadığını tespit etmiştir.[54] Bu kurum suçun cezasız kaldığı algısını yaratmaktadır. Bu nedenle kurumun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği takdir edilirken içtihatlar doğrultusunda dar uygulanması mümkündür. Bir yakını öldürülmüş olan bir kişinin zararının tam anlamıyla tazmini kural olarak hiçbir zaman mümkün değildir. Bu koşulun gerçekleşmediği gerekçesiyle hüküm, bu gibi olaylarda uygulanmadığında, yaşam hakkı gerekli korumaya kavuşmuş olur. Kurumun dar olarak uygulanması imkânı her zaman vardır.

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, uzun tutukluluk nedeniyle ihlal kararları vermektedir. Anayasa Mahkemesine göre, "Bir davada tutukluluğun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, yukarıda belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından incelenmesi ve serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir./Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurucunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı veya ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir."[55] / "Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun, genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir sanığın tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı bulunabilir.".[56]

Görüldüğü üzere uzun tutukluluğun nedeni kanundaki düzenleme değil tutukluluk nedenlerinin, diğer bir söyleyişle tutuklamanın şartlarını değerlendirmedeki zafiyettir. Makul süre içinde davanın esastan karara bağlanamayacak olması tutukluluğu haklı kılamaz. Tutukluluk süresini makul uygulayıp, davayı kısa sürede esastan karara bağlamanın çarelerini aramamız gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bazı kararları iç hukukumuzdaki bazı kavramların uygulamasını açıklamakta yani uygulamasının nasıl olması gerektiğini diğer bir söyleyişle uygulamacının görevini nasıl yerine getirmesi gerektiğini göstermektedir.

Yani bir kavramın yorumlanması değil uygulanması sorun olarak görülebilir.

54 "59. AİHM, devlet görevlileri tarafından kötü muamelede bulunulması ve insan öldürme suçunun işlenmesi durumunda yaptırımların seçimini çoğunlukla ulusal mahkemelere bırakmaktadır. Buna rağmen Mahkeme, fiilin ağırlığı ve ceza arasında açık bir orantısızlık bulunması durumunda müdahale etmek hakkını kendinde bulmaktadır./60. Mevcut davada, yerel mahkeme, polis memurunu taksirle ölüme sebebiyet vermekten suçlu bulmuş ve hükmün açıklanmasını geri bırakmıştır. Bu kararla yerel mahkeme takdir hakkını, bu gibi suçların hiçbir şekilde tolere edilemeyeceklerini göstermek yerine, ağır bir suçun cezasını (sonuçlarını) hafifletmek yönünde kullanmıştır. Mahkemeye göre, CMK m. 231'de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu somut olayda failin dokunulmazlığı sonucunu doğurmuştur. Çünkü bu maddenin uygulanması, sanığın denetim mekanizmasına uyması şartıyla, hükmün ceza da dâhil olmak üzere bütün hukuki sonuçlarından kurtulmasına neden olmaktadır./Mahkemeye göre, bu nedenle, yerel mahkemeler takdir haklarını hukuka aykırı eylemin cezasını azaltmaktansa (minimize etmektense) bu tarz eylemlerin hiçbir şekilde tolere edilemeyeceği yönünde kullanmalıdırlar./61. Sonuç olarak Mahkeme, Murat Kasap'ın öldürülmesi olayında uygulanan, taraf devletin ceza hukuku sistemindeki bu düzenlemenin yerinde olmadığı (düzenlemenin özensiz şekilde yapılmış olduğu), hukuka aykırı eylemlerin (suçların) önlenmesinde caydırıcılığının yetersiz olduğu kanaatine varmıştır." Kasap ve Diğerleri-Türkiye Davası, Karar Tarihi: 14 Ocak 2014, Başvuru No. 8656/10

55 AyM, 21.11.2013-Başvuru No. 2012/1158, prg. 47,50, RG 14.12.2013, No. 28851; AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/1272 (Balbay Kararı)

56 AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/1272 (Balbay Kararı), prg. 46 (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: Labita-İtalya [BD], No. 26772/95, 6/4/2000, § 152), AyM, 21.11.2013-Başvuru No. 2012/1158, RG 14.12.2013, No. 28851. AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/1272 (Balbay Kararı), prg. 46

Örneğin, Mahkeme, içtihatlarıyla, kişi özgürlüğü ve güvenliği bağlamında (AİHS m. 5) yaptığı değerlendirmelerde, tutuklama kararlarının gerekçesinin nasıl olması gerektiğini ortaya koymuştur.[57] [58] Bu tip içtihatlar aslında yasal bir değişikliği gerektiren içtihatlar değildir. Anayasa m. 141/3, CMK m. 34 ve tutuklamayla ilgili olarak da m. 101/2'de tutuklama kararlarının gerekçeli olması gerektiği ifade edilmiştir. Artık yasal olarak yapılacak bir şey kalmamıştır. Bu gibi hâllerde uygulamaya yön veren aktörlerin bu kararları değerlendirmesi ve bu içtihatlara uygun uygulama geliştirme iradesi göstermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, gerekçe oluşturulmasında dikkat edilecek hususları şu şekilde ortaya koymuştur: "Tutuklama tedbirine, kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler 'ilgili' ve 'yeterli' görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabilir."[59]

Aynı şekilde Anayasa'nın 36. ve AİHS'nin 6. maddeleri ile kişilere, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar yanında, cezai alanda yöneltilen suçlamaların da (suç isnadı) makul sürede karara bağlanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsurudur.[60] Anayasa Mahkemesi, bir ağır ceza mahkemesinde görülen davanın on bir yıl iki ayda karara bağlanmasını makul sürede yargılanma ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Bu içtihadın adli makamlara yönelik fonksiyonu, her adli süjeyi önüne gelen işi makul sürede bitirmek için gerekli özeni gösterme konusunda duyarlı olmaya ve gereğini yapmaya davet etmekten ibaret olabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin özel hayatın korunmasına yönelik olarak verdiği kararlar dikkate alınarak şöyle bir uygulama yapılmasına hiçbir engel bulunmamaktadır: Örneğin, olayla ilgili olmayan kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerin iddianamede yer alacağına dair hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Aksine özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verileri kaydetme, verileri hukuka aykırı olarak verme suç teşkil etmektedir (TCK m. 134,135,136). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 8. madde ile ilgili içtihatlarını takip eden uygulama özel hayatın kapsamını ve korunması gerektiğini, ancak belirli sebeplerle bu hakka müdahale edilebileceğini bilir ve özel hayata ilişkin bilgilere iddianamede yer verilmesiyle ulaşılacak fayda ile özel hayata

57 Mansur-Türkiye Davası'nda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutukluluk gerekçesinin "yerinde ve yeterli" olması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, olayda tutukluluk hâlinin devamı sorunu dokuz kez incelenmiştir. Bunlarda genellikle "suçun niteliği ve delillerin durumu"na dayanılmış ve üç kez de hiçbir gerekçe gösterilmemiştir. Ancak, "delillerin durumu" ifadesi, suçluluğa ilişkin ciddi belirtilerin var olduğu ve devam ettiği şeklinde anlaşılabilirse de bu davada tutukluluğun devamını haklı göstermeye tek başına yeterli olmamıştır. Öte yandan, kaçma tehlikesi de sadece suç için öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değil, başka unsurlara dayanılarak değerlendirilmelidir. Sonuçta Mahkeme, AİHS m. 5/3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mitap-Müftüoğlu/Türkiye Davası, Yağcı-Sargın/Türkiye Davası'nda hep aynı yönde kararlar verilmiştir.

58 Gerekçe hakkında bk. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı 322-329

59 AyM, 21.11.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/1158, RG 14.12.2013, No. 28851; (B. No. 2012/1137, 2/7/2013, § 63) Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: Chraidi-Almanya, B. No. 65655/01, 26/10/2006, §§ 42-45, AyM, 2.1.2014-Bireysel Başvuru No. 2013/9894, RG 3.1.2014, No. 28871; AyM, 3.1.2014-Bireysel Başvuru No. 2014/9, prg. 44, RG 4.1.2014, No. 28872

60 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olarak bk. İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı 370-390

verilecek zarar arasındaki dengeyi gözetir; suçun aydınlatılmasında rol oynamayan bilgilere kendiliğinden iddianamede yer vermez ve böylece Sözleşme ve içtihatlarla ortaya koyulmuş olan korumayı gerçekleştirmiş olur.

Ancak belirtelim ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulamacı tarafından takip edilmesi ve bunların karar ve işlemlere yansıtılması çok uzun bir süreci gerektirebilir. Bu nedenle kanun koyucu, yorum yoluyla veya takdir hakkının doğru kullanılmasıyla ihlallerin azaltılması mümkün olmasına rağmen uygulamacıya yardımcı olmak üzere düzenleme yapma yolunu tercih edebilmektedir. Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 101'de tutuklama kararının gerekçesine ilişkin açıklamaya yer verilmişti. Ancak bu düzenleme uygulamada istenilen sonucu sağlamayınca 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 97. maddesi ile yapılan değişiklikle tutuklama kararının gerekçesinin nasıl olması gerektiği daha ayrıntılı bir şekilde düzenlendi. Ancak kanımızca ihlallere son verecek olan şey, bu düzenlemeler olmayıp uygulamanın Sözleşme Hukuku'na uygun olarak takdir hakkını kullanmaya başlaması olacaktır.

Kanımızca uygulayıcının her somut olayda, gerek maddi hukuk kurallarını uygularken gerekse usul kurallarını uygularken aşağıda verilen hususları sorgulaması, sadece iç hukuka değil aynı zamanda Sözleşme Hukuku'na da uygun işlem yapılmasına, eylemde bulunulmasına ve karar verilmesine bir ölçüde katkı sağlayacaktır:

- Uygulanacak maddi hukuk kuralı veya usul kuralı, AİHS'de ve Anayasa'da güvence altına alınmış herhangi bir hakla ilgili mi? Bu kuralı yorumlamaya ihtiyaç var mı? İhtiyaç varsa AİHM ve Anayasa Mahkemesi, uygulanacak bu kuraldaki bu kavramları nasıl anlamlandırmıştır? Bu istikrarlı içtihatlar iç hukuk kuralını yorumlamamda yardımcı olabilir mi?
- Eğer yorum söz konusu değilse uygulanacak kural takdir hakkı veriyor mu? Yani bu kuralın uygulanması, yapılacak kişisel değerlendirmelere ve kabullere mi bağlı? Evet takdir hakkının kullanılmasına imkân veren bir kural söz konusudur denilebiliyorsa; takdir hakkı Sözleşme ve Anayasa'da güvence altına alınan haklardan üstün olanının yanında kullanılmış mı?
- Eylem ve işlemler mevzuata uygun olmakla beraber somut olayda bir kişinin Sözleşme ve Anayasa'dan doğan hakları ihlal ediliyor mu? Bu ihlalin organizasyon eksikliğinden veya yasal boşluklardan kaynaklanıyor olması, hak ihlalinin oluşmasını engellemiyor. O hâlde ihlale neden olacak eylem ve işlemle ulaşılmak istenilen amaca başka eylem ve işlemlerle daha az veya hiç ihlal gerçekleştirmeden ulaşılabilir mi?

3.5. Sonuç

Sözleşme'nin ilke içeren özellikle soyut hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları ile Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlar, muhtemel ihlalleri önlemek adına, iç hukuk kurallarını yorumlamak ve uygulamak durumunda olan ulusal mahkemelerin somut olayda uygulayacakları kuralları yorumlamalarında destek ölçü norm olarak onlara yardımcı olur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıyla ortaya koyduğu ilkeler de iç hukukumuzdaki normların yorumlanmasında kaynak görevi görür.

İhlal kararları, ilgili devlet için itibar ve tazminat kararları nedeniyle de maddi kayıp demektir. Bu nedenle ilgili devlet aleyhine yeni ihlal kararlarının

verilmesinin engellenmesi zorunludur. İç hukuk kuralındaki boşluktan veya kuralların hak ve özgürlükleri koruyacak nitelikte kaleme alınmamış olmasından kaynaklanan ihlallerin engellenmesinin yolu, bu boşluğu dolduracak, Sözleşme'ye ve içtihatlarına uygun yasal düzenlemeler yapmaktır. Bu düzenlemeleri yapmamış olan devlet, Sözleşme'ye uygun düzenleme yapma yani pozitif yükümlülüğünü ihlal eder. Mevcut iç hukuk kurallarından kaynaklanan ihlaller, bu kuralların yasama organınca değiştirilmesi veya mümkünse Sözleşme hükümlerine ve Mahkemenin içtihatlarına uygun olarak yorumlanması ve uygulanması ile sona erdirilebilir. Bugüne kadarki uygulama Türkiye'de yasal düzenleme yapmak konusunda bir sıkıntı yaşanmadığını göstermektedir. Ancak iç hukuk kurallarının Sözleşme ve içtihatlara uygun yorumlanmamasından veya uygulama aktörlerinin takdir hakkını Sözleşme ve içtihatlara uygun olarak kullanmamasından veya yasaya uygun olan ancak hak ihlali yaratan eylem ve işlemlerden doğan ihlallerin önemli ölçüde azaldığını söylemek zordur.

Ayrıca şu tespiti de yapmak isteriz: Anayasa Mahkemesinin, konumundan ve fonksiyonundan dolayı içtihatlar ışığında şekillenmiş olan Sözleşme hükümlerine uygun değerlendirme yapması kolaydır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında Sözleşme'ye ve ruhuna uygun içtihat oluşturmaya başlamıştır. Sözleşme Hukuku, Anayasa Mahkemesinin önüne gelen davalarda başvurabileceği en önemli kaynaklardan birisidir. Ancak ilk derece veya üst derece mahkemeleri açısından Sözleşme Hukuku'nun diğer iç hukuk kaynakları gibi uygulanan bir kaynak hâline gelmesi zaman alacaktır. Çünkü Sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki yeri Ay m. 90/5'e yapılan ekleme ile netleşmiştir. Özellikle içtihatların Türkçe kaleme alınmamış olması ve uygulamacının bu mevzuata aykırı işlem ve kararlarının etkisinden çok geç haberdar olması veya ihlalin sonuçlarının birçok davada kendisine doğrudan yansımaması veya bu mekanizmayı bir denetim mekanizması olarak kabul etmekte zorlanması, Sözleşme Hukuku'nun kaynak olarak görülmesini ve uygulanmasını engellemekte veya yavaşlatmaktadır. Uluslararası özelliklere sahip, yani hukuk kuralları farklı olan birçok ülkenin parçası olduğu bir mevzuatın, ulusal aktörler tarafından takip edilmesindeki fiziki ve düşünsel zorluk da ortadır. Anayasa Mahkemesinin içtihatları arttıkça bu mevzuatın iç hukuk mevzuatı olarak kabul edilmesi kolaylaşacak ve uygulanması da artacaktır. Bu noktada da Anayasa Mahkemesine önemli bir görev düşmektedir. Anayasa Mahkemesi, Sözleşme Hukuku'nun iç hukukumuzun gerçek anlamda bir parçası olmasını sağlayacak itici bir güce sahiptir. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına duyarlı olan uygulamacı onun içtihadına ulaşamadığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına yönelme eğilimi gösterecektir. Kanımızca bu noktada ortaya çıkabilecek en büyük tehlike, Sözleşme hükümlerinin ve içtihatlarının Sözleşme Hukuku'ndaki anlamından farklı yorumlanarak uygulanması ihtimalidir. Sözleşme ve içtihatların sadece şeklen uygulanması değil Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ortaya koyduğu anlam ve ruh ışığında uygulanması son derece önemlidir. Kanımızca hak ve özgürlerin anlamı ve sınırı konusunda ülkelerden bağımsız bir Avrupa standardı oluşmuştur veya bazı hak ve özgürlükler bakımından oluşma yolundadır. Bu nedenle bu mevzuatın iç dinamiklere uydurulmasından mümkün olduğunca kaçınılması ve kendi sisteminde oluşmuş olan anlamına sadık kalınmaya özen gösterilmesi gerekir. Yani kararların Türkleştirilmesine değil; Türk uygulamasının Avrupalılaştırılmasına, daha doğru bir ifade ile Sözleşme Hukuku'nun standartlarına yükseltilmesine özen gösterilmesi gerekir. Örneğin, mahkûmiyet kararından sonra kanun yolları aşamasında geçen sürenin tutukluluk süresinden sayılmayacağına dair Yargıtay kararı (ki bunu Anayasa Mahkemesi de birkaç kararında tekrarlamıştır), kararın gerekçesine göre

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına uygun olarak verilmiş bir karardır.[61] Ancak bu kararın Mahkeme içtihatlarına uygunluğu öğretide tartışılmakta ve Mahkeme içtihadının yanlış yorumlandığı da ileri sürülmektedir. Kanımıza göre bu tehlikeyi ortadan kaldırmak mümkün değil ise de Sözleşme Hukuku'nun iyi değerlendirilmesi ve ruhunun kavranması ile en aza indirilmesi mümkündür.

Yararlanılan Kaynaklar

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2013

DOĞRU, Osman, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi,* İstanbul 2012

EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM, Musa, "66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", Avrupa Konseyi 2012, www.anayasa.gov.tr

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2002, 19 vd.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,* Ankara 2005, 24 vd. dn. 49-78

HOLZINGER, Gerhart, "Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 61-79, www.anayasa.gov.tr (Yayınlar)

İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul 2005

İNCEOĞLU, Sibel, (Editör), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Basım, İstanbul 2013

KABOĞLU, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1996, 123

KARAKAŞ, İ., "Son Dönemde Türkiye Hakkında Verilen Önemli Kararlar", 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 2009

KILINÇ, Bahadır, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Anayasa Yargısı Dergisi,* C.25, 2008, 19-59, www.anayasa.gov.tr (Yayınlar)

MELLINGHOF, Rudolf, "Federal Almanya Cumhuriyet'inde Anayasa Şikâyeti", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 31-44

PACZOLAY, Peter, "Anayasa Şikâyeti: Bir Karma Çözüm mü?", Anayasa Yargısı Dergisi, C.26, 2009, 313-320; K. Jong-Dae, "Anayasa Şikâyeti Sistemi: Kore Deneyimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.26, 2009, 145-153, www.anayasa.gov.tr (Yayınlar)

PIMENTEL, Genaro David Gongora, "Ampora Ne İçindir?", *Anayasa Yargısı Dergisi,* C.26, 2009, 101-110, www.anayasa.gov.tr (Yayınlar)

ŞAHBAZ, İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", TBBD, 54 (2004), 178-216, www.anayasa.gov.tr

TUNÇ, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", www.anayasa.gov.tr

ŞENOL, Cem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü* (CMK m. 172/3), İstanbul 2013

ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme,* İstanbul-Haziran 2013, 5-61

TUNÇ, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", www.anayasa.gov.tr

TURABİ, Selami, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Ankara 2013.

61 YCGK, 12.4.2011-1-51/42, AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/239, AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/1137, prg. 66, RG 18.07.2013 No. 28711; AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/348, prg. 45; AyM, 2.1.2014-Bireysel Başvuru No. 2013/9894, prg. 48, RG 3.1.2014 No. 28871.

YALTI, Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul 2006.
ZAFER, Hamide, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması* (TCK m. 132-134), İstanbul 2010
ZORKIN, Valery, "Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.26, 2009, 283-292, www.anayasa.gov.tr (Yayınlar)

Tavsiye Edilen Okuma Listesi

İNCEOĞLU, Sibel (Editör), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayınları, İstanbul 2013, 7-20
İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2005
ŞAHBAZ, İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", TBBD, 54(2004), 178-216, www.anayasa.gov.tr
TUNÇ, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", www.anayasa.gov.tr
TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004
ŞENOL, Cem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü* (CMK m.172/3), İstanbul 2013, 19-23, 47

Pratik Çalışma Gereçleri

PÇ-No. 1

(Uluslararası sözleşmelerin kaynak değeri, Ay m. 90)
YCGK, 12.03.1996, 6-2/33, YKD XXII, 4 (Nisan 1996), 621-624

"Sanıklar Puica Nicolae, Marius Rachieru, Anghel Ion Sorin, Dumitru Sarchiz, Dolofan Daniel Gheorghe'nin TCY'nin 493/1-son, 522, 59. maddeleri gereğince yedi yıl altı ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin Eskişehir 2. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 23.5.1995 gün, 1284/387 sayılı hükmün sanıklar vekili tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 11.8.1995 gün 9664/8294 sayı ile "tercümana yemininin verilmemesi ve sanıkların adlarının kararda yanlış yazılması" isabetsizliğinden hüküm bozulmuş, bozmaya uyan ve bozma gereğini yerine getiren Yerel Mahkemece 20.9.1995 gün 750/692 sayı ile sanıkların cezalandırılmalarına hükmolunmuştur.

Bu hükmün de sanıklar vekili tarafından temyizi üzerine 6. Ceza Dairesi 20.11.1995 gün 11619/12124 sayı ile "Anayasa'nın 90'ncı maddesinde dayanağını bulan ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanıp 3 Eylül 1953 tarihinden bu yana yürürlükte olup Türkiye tarafından da onaylanmış bulunan 'İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin 6/3-e maddesinde yazılı, sanık olarak yargılanan kişinin 'duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından meccanen faydalanmak hakkına sahiptir' hükmüne aykırı olarak tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesi Yasa'ya aykırı olduğundan tercüman ücreti çıkartılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına" karar vermiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı 02.01.1996 gün 127367 sayı ile "Her ülke, kendi

ulusal mevzuatını uygulayacaktır. Yasalar, uluslararası sözleşmelere uygun hâle getirilecektir. 1982 Anayasası'na göre anlaşmalar yasa gücündedir ve Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez. Anayasa'da, anlaşmalara aykırı yasa çıkarılamayacağına dair hüküm olmadığından, ulusal yasalar her zaman uygulanacaktır. Sözleşmelerin doğrudan uygulanması yerine, iç hukukun sözleşme amaç ve ideallerine uyumlu hâle getirilmesi ve uygulanması, hem uygulanabilirlik hem de diğer ülkelerin tatbikatının ortaya çıkardığı bir olgudur. Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda yer alan bilirkişi ve yargılama giderlerine ilişkin hükümler hâlen yürürlüktedir. Bu hükümler değiştirilmediği ve iptal edilmediği için uygulanmaları gerekir. Mahkemece tercüman tayin edilmiş ve sanık savunmasını yapmıştır. Savunmanın yapılması ile İnsan Hakları Sözleşmesi'nin esas amacı yerine getirilmiştir. Tercüman masrafının sanığa yükletilmesiyle insan hakları ihlal edilmemiştir. Sözleşme'nin tamamının uygulanması için yasal değişiklik yapılması zorunludur." gerekçesiyle itiraz ederek Özel Daire bozma kararının kaldırılarak Yerel Mahkeme hükmünün doğrudan onanması talep olunmuştur.

Dosya Birinci Başkanlığa gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca okundu gereği konuşulup düşünüldü.

Sanıkların hırsızlık suçundan cezalandırılmalarına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında oluş ve sübutta bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Çözümlenecek sorun, Türkçe bilmeyen sanıkların dinlenmeleri ve savunmalarını yapmaları için yardımcı olan çevirmene (tercümana), mahkemece tayin ve takdir olunan ücretin, yargılama giderleri ile birlikte sanıklara yükletilip yükletilmeyeceğine ilişkindir.

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on beş devlet tarafından Roma'da 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, çeşitli tarihlerde kabul edilen Ek Protokollerle geliştirilmekte ve eksiklikleri giderilmektedir. İnsan hakları alanında dünyadaki mevcut sözleşmelerin en gelişmişi olan Sözleşme'nin 6/3-e maddesinde "Her sanık duruşmada kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hakkına sahiptir" hükmü yer almaktadır.

Adı geçen Sözleşme, 19 Mart 1954 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokol'ün Tasdiki Hakkında Kanun"un birinci maddesi ile onaylanmış, Yasa'nın iki ve üçüncü maddeleri ile de 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te bu sözleşmeye ek olarak imzalanan Ek Protokol'ün ikinci maddesi "3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerinin ihlal edilemeyeceği" çekincesi (ihtirazı kayıt) ile tasdik edilmiştir.

Öte yandan Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin ilk ve son fıkralarında;

"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır...

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." hükümleri yer almaktadır.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 6366 sayılı Yasa ile onaylanarak yürürlüğe konulmuş ve Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uyarınca yasa niteliğini kazanmıştır.

Türk Ceza Yasası'nın 39 ve (1412 sayılı) Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 406 ve devamı maddelerinde, yargılama giderlerinin kime yükletileceği ve ne şekilde tahsil edileceği gösterilmiştir. Duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanacağına ilişkin, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi"nin 6/3-e maddesi, genel kuralı düzenleyen Ceza Yasası ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın yanında istisna hükümdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın, duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır. Yargılama dilini anlamama yanında, sağır-dilsizlik gibi fiziki bir arızanın neden olduğu olanaksızlık hâlinde de sanığa ücretsiz çevirmen sağlanacak ve kendisini savunma olanağı tanınacaktır.

Bu itibarla; yargılamada kullanılan dili anlamayan veya sağır-dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan çevirmen için ödenecek ücretin; mahkûmiyet hâlinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine, 12.3.1996 günü oy birliğiyle karar verildi (Aynı yönde karar için bak. Y9CD, 08.11.2001-2125/2765, YKD XXVIII, 9 (Eylül 2002), 1442-1443).

Soru: Karardaki hukuki problemi tespit ediniz ve YCGK'nın kararını kendi görüşünüzü belirterek tartışınız.

PÇ-No. 2

Sanık, beş yıllık tutukluluk süresinin sonunda yargılandığı ağır ceza mahkemesinden tahliyesini talep etmiş ve salıverilme talebi aşağıdaki gerekçelerle reddedilmiştir:

"Somut dosyada, bir tutuklama kararı ile birden fazla suç için tutuklama kararı verilmiş ve mahkemesince, ... bağlantı nedeni ile birden fazla ağır cezalık suçların bir mahkemede ve tek tutuklama müzekkeresine bağlı olarak infaz edilen tutukluluk hâllerinin her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesinde zaruret bulunmaktadır..." gerekçesiyle talep ve itiraz reddedilmiştir. İtirazı inceleyen ağır ceza mahkemesi de "... işlenen birden fazla suçun her birinin bağımsız nitelikte olduğu, CMK'nın 102. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki sürenin her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiği, kanun koyucunun amacının da bu yönde olduğu, ..." gerekçesiyle itirazı reddetmiştir.".

Makul süre tutuklu yargılanma hakkı (AİHS m. 6/1) çerçevesinde CMK m. 102'yi

yorumlayınız. Bu sorun sizin önünüzde olsaydı CMK m. 102'yi nasıl yorumlardınız?[62]

Not: Anayasa Mahkemesinin verdiği kararı siz de verebilir ve tahliye talebini kabul edebilirdiniz. Anayasa Mahkemesi, Sözleşme ve içtihatları uygulama tekeline sahip değildir. Uygulayıcılar da Anayasa Mahkemesi gibi Sözleşme hükümlerini ve içtihatlarını esas alarak yorum yapma ve bu mevzuata uygun olarak takdir hakkını kullanma imkânına sahiptir.

PÇ-No. 3

Soru:

1. Aşağıdaki Anayasa Mahkemesi kararının, derdest davalar bakımından etkisini tartışınız. Diğer bir söyleyişle içtihadın muhatabının kim olduğunu tespit ediniz.

2. Bu içtihatlar karşısında tutukluluk süresinin yasayla düzenlenmesine ihtiyaç var mı tartışınız.

"57. Anayasa'nın 83. maddesinde 14. maddeye atıfla getirilen istisna, Anayasa'nın 67. maddesindeki seçilme hakkı da dikkate alındığında dar ve özgürlük lehine yorumlanmalıdır. Bu nedenle tutukluluğunun devamı hakkında karar verilen kişi milletvekili olduğu takdirde, çatışan değerlere bir yenisi eklenmekte ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında, seçilmiş milletvekilinin tutuklu olması nedeniyle yasama faaliyetine katılamaması sonucu mahrum kalınan kamu yararının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede mahkemelerin milletvekili seçilen kişilerin tutukluluğunun devamına karar verirken hem kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından hem de seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan korunacak bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. Bunun sonucu olarak makul sürenin aşılıp aşılmadığı incelenirken, başvurucunun milletvekili seçilmesiyle birlikte ileri sürmüş olduğu iddiaların, tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine de bakılmalıdır. Dolayısıyla başvurucunun seçilmiş bir milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma ve temsil hakkı ile davanın tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü bir denge kurulduğu takdirde, tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir./58. Bu nedenle, seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki bir suç isnadıyla yargılanan bir milletvekilinin tutukluluk hâlinin incelenmesi sırasında, bu koruma tedbirinin seçilme hakkını işlevsiz hâle getirebileceği göz ardı edilmemelidir. Bütün milleti temsil etmek üzere belli bir

62 Anayasa Mahkemesi bu durum karşısında şu yorumu yapmıştır: "... 43. ... Bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hürriyetten yoksun bırakmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralı gereğince, başvurucunun tutukluluk durumunun 'kanuni' dayanağının bulunup bulunmadığının, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir. ... 48. 5271 sayılı Kanun'un 102. maddesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kişilerin tutulabileceği azami kanuni süreler düzenlenmiştir. Madde metninde, ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen işler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Bireyler hakkındaki birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması hâlinde bu soruşturma ve kovuşturmaların belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmaların tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır. Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez. Suç ve sanık sayısı, davanın karmaşık olması gibi etkenler tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup kanuni tutukluluk süresinin belirlenmesinde esas alınmaları mümkün değildir. Normun lafzı ve amacı, tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve 5271 sayılı Kanun'un 102. maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde aksine bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir." AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/521; AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/1137, prg. 47,48,49; AyM, 2.7.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/239, prg. 50,54,55, RG 18.07.2013 No. 28711; AyM, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/348, prg. 44.

süre için seçilen milletvekilinin, şayet varsa, bu hakkını kullanmasına engel olmayacak koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği üzerinde özenle durulmalıdır. 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinin (3) numaralı fıkrasında buna imkân tanıyan hükümlere yer verildiği, maddede 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonucunda bunların sayısının artırıldığı görülmektedir." AyM, 2.1.2014-Bireysel Başvuru No. 2013/9894, prg. 50,51, RG 3.1.2014 No. 28871; AyMK, 4.12.2013-Bireysel Başvuru No. 2012/1272 (Balbay Kararı), prg. 114,115; AyM, 3.1.2014-Bireysel Başvuru No. 2014/9, prg. 57, RG 4.1.2014 No. 28872.

PÇ-No. 4

Soru: Aşağıdaki Anayasa Mahkemesi kararının bir örneği ... mahkemesine gönderilmiştir. Bu karar gereğince ... mahkemesince ne yapılabilir? Bu içtihadın kürsü hâkimleri için önemini tartışınız.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında 2013/695 Başvuru No.lu ve 9.1.2014 sayılı Karar'ı ile MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI ile ilgili şu tespitleri yapmıştır:

"29. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No. 2012/673, 19/12/2013, § 27).

30. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (B. No. 2012/13, 2/7/2013, §41-45).

31. Ancak belirtilen kriterlerden hiçbiri makul süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanmalıdır (B. No. 2012/13, 2/7/2013, § 46).

32. Anayasa'nın 36. ve AİHS'nin 6. maddeleri ile kişilere, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar yanında, cezai alanda yöneltilen suçlamaların da (suç isnadı) makul sürede karara bağlanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Suç isnadı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: Eckle-Almanya, B. No. 8130/78, 15/07/1982 ve Deweer-Belçika, B. No. 6903/75, 27/2/1980, § 42). Kişiye cezai alanda yöneltilen suçlamanın suç isnadı niteliğinde olup olmadığının tespitinde; iddia olunan suçun ulusal hukuktaki tasnifinin, suçun gerçek niteliğinin, suç için öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığının incelenmesi gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: Sergey Zolotuhhin-Rusya, B. No. 14939/03, 10/02/2009, § 53 ve Engel ve Diğerleri, B. No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976, § 82). Ancak isnat olunan fiil, ceza kanunlarında suç olarak nitelendirilmiş ve yargılama aşamasında ceza

hukukunun kuralları uygulanmış ise ayrıca bir uygulanabilirlik incelemesi yapılmaksızın kendiliğinden adil yargılanma hakkının kapsamına girer (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: Weber-İsviçre, B. No. 11034/84,22/05/1990, §§ 32-34).

33. Somut olayda başvurucunun, kasten adam öldürme (teşebbüs) suçlamasıyla 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesi, 456. maddesinin (2) numaralı ve 457. maddesinin (1) numaralı fıkraları gereğince hapis cezası ile cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır. Başvurucunun, 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinin (1) numaralı, 35. maddesinin (2) numaralı, 62. maddesinin (2) numaralı fıkraları gereğince, Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/2/2012 tarihli kararı ile dört yıl yedi ay on gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu çerçevede başvurucu hakkındaki suç isnadına dayalı yargılamanın Anayasa'nın 36. maddesinin kapsamına girdiği konusunda kuşku bulunmamaktadır.

34. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için, öncelikle uyuşmazlığın türüne göre değişebilen, başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi gereklidir.

35. Ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken sürenin başlangıcı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi birtakım tedbirlerin uygulanması anıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz: Eckle-Almanya, B. No. 8130/78, 15/07/1982, §§ 73-75). Ceza yargılamasında sürenin sona erdiği tarih, suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul süre şikâyetiyle ilgili kararını verdiği tarihtir.

36. Bununla birlikte, suç isnadının tarihi ile Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruların incelenmesi ile ilgili zaman bakımından yetkisinin başladığı tarih farklı olabilir. İsnat tarihi Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23/9/2012 tarihinden önce olan ancak bu tarihte yargılaması devam eden veya verilen nihai karar henüz kesinleşmemiş olan ceza davaları ile ilgili olarak, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetler bakımından dikkate alınacak süre, 23/9/2012 tarihinden sonra geçen süre değil, suçun isnat edildiği tarihten itibaren geçen süredir. Dolayısıyla, ceza muhakemesinde yargılama süresinin makul olmadığı yönündeki şikâyetlerde, 23/9/2012 tarihinde derdest olmak şartıyla, suç isnadının gerçekleştiği tarih ile suç isnadına ilişkin nihai kararın ilgilisi tarafından öğrenildiği tarihe veya devam eden davalarda Anayasa Mahkemesinin başvuruyu karara bağladığı tarihe kadar geçen süre dikkate alınacaktır.

37. Başvuru konusu olayda başvurucu, 16/10/2001 tarihinde gözaltına alınmış, aynı tarihte tutuklanmış ve 17/10/2001 tarihinde hakkında kamu davası açılmıştır. Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 18/12/2002 tarihli kararı ile hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesini takip eden süreçte, başvurucu hakkında derece mahkemesince verilen kararlar; sırasıyla Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 27/6/2005 tarih ve E.2003/21066, K.2005/6842 sayı kararıyla başvurucunun durumunun 5271 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrası hükümlerinin de gözetilerek değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle; Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 17/12/2008 tarih ve E.2008/6557, K.2008/16848 sayılı kararıyla isnat olunan eylemin kasten adam öldürmeye teşebbüs veya kasten yaralama suçlarından hangisinin kapsamında olduğunun tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi gerektiği gerekçesiyle;

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 23/2/2011 tarih ve E.2010/17385, K.2011/2613 sayılı kararıyla suç vasfının tayininde yanılgıya düşüldüğü gerekçesiyle üç kez bozulmuş ve son olarak Bursa 1. Ağır Ceza Mahkemesince 7/2/2012 tarihinde verilen karar Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 27/12/2012 tarihli ilamıyla onanmıştır.

38. Başvurucunun, uzun yargılama şikâyetleriyle ilgili dikkate alınması gereken süre, bir suç isnadıyla 16/10/2001 tarihinde gözaltına alınması ile hakkındaki isnat nedeniyle verilen cezanın 27/12/2012 tarihinde Yargıtay 1. Ceza Dairesince onanması arasında geçen toplam on bir yıl iki aydır.

39. Yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi, hukuk sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir (B. No. 2012/13, 2/7/2013, § 44).

40. Bu kapsamda, yargı sisteminin yapısı, mahkeme kalemindeki rutin görevler sırasındaki aksamalar, hükmün yazılmasındaki, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesindeki ve raportör atanmasındaki gecikmeler, yargıç ve personel sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz: Foti ve Diğerleri-İtalya, B. No. 7604/76, 10/12/1982, § 61; Neumeister-Avusturya, B. No. 8163/07, 2/4/2013, §§ 20-21; Zimmermann-Steiner/İsviçre, B. No. 8737/79, 13/07/1983, §§ 29-32; Reilly-İrlanda, B. No. 21624/93, 22/2/1995, §§ 65-66; Eckle-Almanya, B. No. 8130/78, 15/07/1982, § 84).

41. Başvuruya konu yargılama faaliyeti açısından söz konusu olan yaklaşık on bir yıl iki aylık yargılama süresinin yedi yıllık bölümünün kanun yolu incelemesinde geçtiği nazara alındığında, somut başvuru açısından özellikle değerlendirilmesi gereken yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliklerinin yol açtığı gecikmeler AİHM tarafından da müteaddit defalar incelemeye tabi tutulmuştur. Bu kapsamda, bir yapısal sorun olması ve yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların uzun bir müddet zarfında artması ve birikmesi sonucu yargılamalarda makul sürenin aşılması durumunda, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır (Bkz: Buchholz-Almanya, B. No. 7759/77, 6/5/1981; Guincho-Portekiz, B. No. 8990/80, 10/7/1984; Union Alimentana Sanders S.A.-İspanya, B. No. 11681/85, 7/7/1989; Zimmermann-Steiner/İsviçre, B. No. 8737/79, 13/7/1983). Zira devlet, yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların nicelik itibarıyla artmasına rağmen, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilebilmesi için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, hukuk sisteminin adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunun bir görünümüdür.

42. Başvuru dosyasının incelenmesinde, başvurucunun gözaltına alınması ile hakkında ilk derece mahkemesince ilk kez hüküm verilmesi arasında yaklaşık bir yıl iki ay geçmiştir. Ancak derece mahkemesince verilen karar dört defa temyiz edilmiş ve üç kez bozulmuştur. Başvurucu hakkında derece mahkemesince verilen cezanın dört yıl yedi ay on gün olduğu mevcut yargılamada, dava dosyasının Yargıtay ve derece mahkemesi arasında dört kez gidip gelmesi üzerine geçen sürelerin

toplamı ise yaklaşık on yıl bir aydır. Yargı sisteminin yapısından kaynaklanan iş yükü ve organizasyon eksikliğinin, somut başvuruya ilişkin yargılama süresinin uzaması üzerinde baskın bir etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 36. maddesi ile Sözleşme'nin 6. maddesi gereğince, yargılama sisteminin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi zorunluluğu göz önünde bulundurulduğunda, hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin, yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmemesini izah edemeyeceği açıktır.

V. HÜKÜM: Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, Yargılamanın makul süreyi aşması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinin İHLAL EDİLDİĞİNE, başvurucuya takdiren 9.200,00 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, Karar'ın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine, 9/1/2014 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

4 ADİL YARGILANMA HAKKI: SÜJELER ARASINDAKİ İLİŞKİ

Ders Planı: Adil Yargılanma Hakkı: Süjeler Arasındaki İlişki *(İçerik Materyali)*

Ders Planı: Soruşturma ve Yargılanma Aşamasında Süjeler *(İçerik Materyali)*

1. Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında CM/Rec(2010)12 Sayılı Tavsiye Kararı

2. Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Avrupa Polis Etik Kuralları Hakkında Rec(2001)10 Sayılı Tavsiye Kararı

3. Avrupa Polis Etik Kuralları Hakkında Rec(2001)10 Sayılı Tavsiye Kararının Eki

4. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezai Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü ile İlgili Üye Devletlere Sunduğu Tavsiye Kararı Rec(2000)19

5. Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı

Ders Planı - Adil Yargılanma Hakkı: Süjeler Arasındaki İlişki

Kullanılacak Araçlar:

- İlgili uluslararası hukuk metinleri (AİHS, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi (ICCPR), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Hâkimlerin Bağımsızlık, Etkinlik ve Sorumluluklarına Dair, Ceza Adaleti Sisteminde Savcıların Rolüne Dair, Avukatlık Mesleğini İcra Etme Özgürlüğüne Dair, Avrupa Polis Davranış Kurallarına Dair, vb. Tavsiye Kararları)
- İlgili ulusal mevzuat (Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Kolluk Düzenlemeleri, Avukatlık Kanunu vb.)

Amaç:

Dersin sonu itibarıyla katılımcılar,

- Bir ceza yargılamasında etkili olan kolluğun, savcıların, hâkimlerin ve avukatların üstlenmesi gereken farklı rollere aşinalık kazanır;
- Farklı süjelerin rollerine dair AİHM'nin yaklaşımını kavrar;
- Silahların eşitliği başta olmak üzere adil bir yargılanmaya ilişkin temel ilkeleri hatırlar;
- Ulusal mevzuat ve uygulamada ana süjelerin rollerine ilişkin etik ve hukuki eksiklikleri tespit eder.

Kullanılacak Yöntem:

- Her bir konuya ilişkin yöntem, konuyla bağlantılı olarak aşağıda belirtilmiştir.

Dersin İşleniş Şekli:

- Silahların eşitliği başta olmak üzere adil bir yargılanmaya ilişkin temel ilkeler anlatılır.
- Katılımcılara AİHS'nin 6. maddesinde ve aşağıda belirtilen içtihatta tanımlanan adil bir yargılamanın temel özelliklerini hatırlama fırsatı sunulur.
- Katılımcıların, eğiticinin rehberliğinde, rollerin gereği gibi yerine getirilmesinin insan haklarının korunmasına nasıl hizmet edebileceği konusunda tartışmaları sağlanır.
- Birbirlerinin konumları, rolleri ve tavırlarını kabullenmeleri için, farklı süjeler (savcılarla kolluk, savcılarla hâkimler, hâkim/savcı ve avukatlar, avukatlar ve müvekkilleri) arasındaki ilişkinin önemi üzerinde durulur.
- Adil yargılama bağlamında, ulusal mevzuat ve uygulamanın AİHS'ye uygunluğu konusu üzerinde durulur.

İçerik Materyali

Konu 1	**Farklı Süjelerin Temel Sorumlulukları** Şu hususlar katılımcılara hatırlatılmalıdır: • Kolluğun, hukukun üstünlüğünü anlayabilmesi ve uygulaması; savcıların da soruşturmaların hangi şartlarda yürütüldüğüne dair gerçekçi bilgi sahibi olabilmesi için kolluk ile savcılar

	arasında günlük çalışmalarda yakın bir iş birliği olması önem arz etmektedir. • Savcıların (idari işler, ifadesi alınmış kişilerin tekrar ifadelerinin alınması vs. gibi) yan görevlerle vakit kaybetmek yerine temel görevlerine (hukuka uygunluğu sağlama; ciddi, karmaşık veya yüksek profilli ceza davalarında soruşturmaya liderlik etme; hukuki açıdan problemli veya delil yetersizliği olan davaların mahkemeleri meşgul etmemeleri için gözetmen rolü oynama ve bunları filtreleme; kaliteli iddianameler hazırlama; duruşmaya çıkma gibi görevlerine) yoğunlaşma mecburiyeti vardır. • Hâkimler adil yargılamanın tüm temel ilkelerine uyulmasını sağlamaya yoğunlaşmalı ve duruşma aşamasına gelecek kadar olgunlaşmamış iddianameleri kabul ederek soruşturma yapmamalı, savcı gibi hareket etmemelidir, duruşmaları gereksiz yere ertelememelidir vs. • Yargı mercileri, tüm ceza yargılamalarında mağdurların gereği gibi bilgilendirilmelerini ve haklarına riayet edilmesini temin etmelidir. • Savunma, ceza adaletinin hayati bir ortağıdır. Katılımcılardan aşağıdaki konular çerçevesinde ulusal mevzuat ve uygulamadaki eksiklikleri belirlemeleri istenmelidir: • AİHM'in Ozerov-Rusya Kararı ışığında savcıların duruşmada bulunmaması (CMK m. 188/2 ve ilgili mevzuat), • Savcının, hazır olduğu hâllerdeki pasifliği, • Hâkimin aşırı güçlü konumu, • Savunmanın küçük rolü. **Yöntem:** Katılımcıların tartışmaları için, farklı süjelerin rollerini ele alan AİHM kararlarından bahsedilebilir. Eğitici, AİHM tarafından süjelerin rollerine ilişkin geliştirilen hedef ve açıklamaları tekrarlamak yerine katılımcıların temel kurallar üzerinde kendi kendilerine düşünmelerini teşvik etmelidir. Örnek dava çalışması kullanılmalıdır.
Konu 2	**Süjeler Arasında Duruşma Salonu Dışındaki İlişkiler** • Katılımcıların dikkati konunun etik boyutuna yönlendirilmelidir: Hâkimlerin tarafsız görünümlerinin önemi ve hâkimler ile savcılar arasındaki yakın kişisel ve sosyal ilişkilerden kaynaklanan problemler sorgulanmalıdır. Katılımcılara, bu bağlamda akıllarına herhangi bir sorunlu durum örneği gelip gelmediği sorulmalıdır. • Cumhuriyet Başsavcısının, adliye bina ve kaynaklarının günlük idaresinden sorumlu olmasının, hâkimlerin bağımsızlığı üzerinde ne gibi etkiler doğurduğu konusunda bir tartışma açılabilir.

Yöntem: Katılımcılar bu bağlamda ulusal uygulamalardaki eksiklikleri değerlendirmeye ve bu konuda fikir yürütmeye teşvik edilmelidir. Örnek dava çalışmasına öncelik verilmelidir.

Konu 3

Süjeler Arasında Duruşma Salonu İçindeki İlişkiler

- Katılımcılara yargılamaların usulüne uygun yürütülmesinin önemi anlatılmalıdır: Duruşmalara nasıl hazırlanılması gerektiği, tanıkların hazır bulundurulmasının sağlanması, tanıkların sorgulanması [özellikle doğrudan (çapraz) sorgu usulüyle ve gizli tanıklıktan kaynaklanan problemleri ayrıca ele alınarak], bilirkişi raporlarının zamanında alınması, duruşmaların ciddi kesintilere uğramadan sonlandırılması gibi konulara özellikle yoğunlaşılmalıdır.
- Katılımcılar, ulusal uygulamalardaki şu konulara ilişkin eksiklikleri tartışmaya teşvik edilmelidir: Duruşmaların acele, kısa ve yeterince tartışmaya izin vermeyen bir izlenim vermesi; savcının duruşma salonundaki yeri; avukatlar, vatandaşların girdiği kapıdan duruşma salonuna girerken hâkim ve savcıların birlikte aynı özel bir kapıyı kullanmaları; sanıkla avukatı arasındaki mesafe; avukatın sözünün hâkim tarafından kesilmesi gibi.
- Eğitici, katılımcılara, uluslararası kurumlar ve sözleşmeleri ısrarla savunmanın önemi üzerinde durmalarının sebebinin/sebeplerinin ne olabileceği konusunda fikirlerini sormalıdır. "Bağlayıcı hukuk hükümlerinin" yanı sıra Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararları gibi "ikincil hukuk standartlarına" da atıf yapılarak bunun hukuki temeli izah edilmelidir. Eğitici bu hukuk metinlerinin her biri hakkında kısa bilgilendirme yapabilecek konumda olmalıdır.
- Katılımcılardan, ayrıca kendilerine tanınan hakları suistimal eden avukatlar hakkında ne yapılabileceği konusunda düşünmeleri istenmelidir.

Yöntem: Farazi dava, canlandırma ve film gösterimi ile bunları takip eden bir tartışma gerçekleştirilmesine öncelik verilmelidir.

Oturum sonunda eğitici, katılımcıların sormak istedikleri sorular veya paylaşmak istedikleri görüşler olup olmadığını sormalıdır. Rollerin dağılımına dair rehber ilkelerin, takip eden günlerde daha geniş bir şekilde sunulacağını ve uygulamalı çalışmalar yapılacağını katılımcılara hatırlatmalıdır.

Ders Planı - Soruşturma ve Yargılama Aşamasında Süjeler

Gerekli Kaynaklar:

- Windows 7 ve Ofis 2010 yüklü dizüstü veya masa üstü bilgisayar
- İnternet erişimi
- Projektör ve perde
- (Muhtemelen) PowerPoint sunumu
- Flipchart, yazı tahtası ve tahta kalemleri
- Uluslararası mevzuat (AİHS, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında, Savcılığın Ceza Adaleti Sistemindeki Rolü Hakkında, Avukatlık Mesleğini İcra Etme Özgürlüğünün Kullanılması Hakkında ve Avrupa Polis Etik Kuralları Hakkında Tavsiye Kararları vb.)
- İlgili ulusal mevzuat (TCK, CMK, Kolluk Yönetmeliği, Avukatlık Kanunu vb.)

Amaç:

Bu dersin amacı, katılımcıları; soruşturma görevlilerinin, savcıların, hâkimlerin ve müdafilerin ceza yargılamasında üstlenmeleri gereken farklı roller hakkında bilgilendirmektir. Bu rollerin getirilmesinin insan haklarının gereğince korunmasında nasıl bir öneminin olduğu hususunda katılımcılarla bir tartışma yürütülecektir. Farklı süjeler arasındaki ilişkiler (savcı ile polisler, savcı ile hâkimler, savcılar/hâkimler ile müdafi ve müvekkili arasındaki ilişkiler) üzerinde ayrıntılarıyla durulmalıdır; bu, katılımcıların bu süjelerin konumlarını, tutumlarını ve rollerini kabullenmeleri bakımından önemlidir.

Bu derste ayrıca AİHS'nin 6. maddesinde ve AİHM'nin içtihadında tanımlandığı şekliyle adil yargılanma hakkı da tekrar edilmiş olacaktır.

Bu bağlamda ulusal mevzuata ve uygulamalar ile bunların AİHS'ye uygunluğu konusuna da temas edilecektir.

Hedefler:

- Katılımcıların, AİHM'nin, farklı süjelerin rollerine ilişkin gerekçelerine aşinalık kazanmaları;
- Katılımcılara, başta silahların eşitliği ilkesi olmak üzere adil yargılanmayla ilgili kilit ilkelerin sunulması;
- Bu dersin sonunda katılımcılar, anılan kilit süjelerin rollerine ilişkin ulusal mevzuat ve uygulamalardaki etik ve hukuki eksiklikleri bileceklerdir.

İçerik Materyali

Slayt 1	**Giriş** *"Bir ceza davasında bulunması zorunlu üç süje; savcı, sanık ve hâkimdir. Bu süjeler bir üçgen oluştururlar. Üçgenin tepesinde hâkim vardır; hâkim, hukukun saptırılmamasını sağlamakla yükümlüdür."* (Pierre Legendre, *Le Crime du caporal Lortie*) Bu noktada, katılımcıların Türk mevzuatı ve uygulamaları hakkında görüşlerini bildirmeleri istenir.

Slayt 2	Bu oturumda, adil yargılama kavramına kısa bir giriş yapılacaktır. Katılımcılara aktarılır: AİHM, yargılamanın AİHS'nin 6. maddesi anlamında "adil" olup olmadığını "iç hukuk düzeninin bütününe bakarak" değerlendirir (Monnell and Morris-Birleşik Krallık Kararı, 02.03.1987, Par. 56). Bu genel yaklaşım gereklidir zira işlemlerin ana safahatı ülkeden ülkeye değişmektedir ve teminatlar ilgili safhaya bağlı olarak farklı gereklilikler göstermekte ve farklı biçimde yorumlanmaktadır. Bu girizgâh, bütün süjelerin (yalnızca duruşmada safhasında ve yalnızca hâkimin değil) adil yargılamanın temel ilkelerine saygılı olmaları gerektiğinin ve bilhassa hazırlık safhasında silahların eşitliğinin gözetilmesi gerektiğinin (Lamy-Belçika Kararı, 30.03.1989, Par. 29) katılımcılar tarafından anlaşılmasını sağlamak amacına matuftur.
Slayt 3	Bu bölümde polis ve savcılar arasındaki ilişkiler üzerinde durulacaktır. CMK'nın 160 ["Adli kolluk görevlileri (savcıya bağlıdırlar)"] ve 161. maddesine ("Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları ... emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.") göre, soruşturmanın fiilî lideri savcıdır; hâlihazırdaki sistemde polis, savcıdan özel emir almadıkça soruşturma yürütme yetkisine sahip değildir. Gerçek hayatta da durum böyle midir? Katılımcılardan aşağıdaki durumlarla ilgili örnekler vermeleri istenir: • Polis tarafından bağımsız denebilecek şekilde yürütülen soruşturmalar. • Savcıların soruşturmaları yönlendirme konusunda yaşadıkları güçlükler veya Türk kolluk teşkilatının yapısı nedeniyle soruşturma görevlilerinin savcının emirlerine uymama sorunları: Polisin adli soruşturmalarda savcının emri altına görev yapması gerekirken, bu çalışmaların idaresi, özlük işleri ve iş önceliklerinin belirlenmesi konularından sorumlu amirler tarafından yürütülmektedir. Bu ise uygulamada savcı ve amirlerin emirlerinin çelişmesine veya adli görevlerin idari görevlere feda edilmesine yol açabilir. Eğitici, bu sorunun Türkiye'ye has olmadığını ve pek çok Avrupa ülkesinde de söz konusu olduğunu ısrarla vurgulamalıdır: Polisin çalışmalarının savcının denetimi altında yürümesi hususu sıklıkla fiiliyattan çok teoride kalmaktadır. Ancak, eğitici şu noktayı da vurgulamalıdır: Diğer ülkelerin denetimi

	göstermektedir ki savcılarla polis arasında günlük planda yakın iş birliği bulunması her iki tarafı da etkilemekte ve her iki taraf için de öğretici olmaktadır: Polis hukukun üstünlüğüne ilişkin temel ilkeleri daha iyi anlamakta ve bu ilkelere saygı duymakta, savcılar ise soruşturma koşullarını daha gerçekçi biçimde görebilmektedir.
Slayt 4	Bu slaytta, başta Medvedev-Fransa (5. Daire, 10 Temmuz 2008; Büyük Daire, 29 Mart 2010) ve Moulin-Fransa (5. Daire, 23 Kasım 2010) Kararları olmak üzere AİHM'nin içtihadı ışığında savcıların hukuki durumu anlatılmakta ve tartışılmaktadır. AİHM, Fransa'da savcının, AİHM içtihatları anlamında "yetkili hukuk merci" olmadığı kanaatine varmıştır. Zira savcı, yürütmeden bağımsız değildir: *"Fransa'da savcılar yürütmeden bağımsızlığın gereklerini yerine getirmemektedirler, ki bağımsızlık, tıpkı tarafsızlık ilkesi gibi [AİHM'nin] yerleşik içtihadına göre Madde 5/3 anlamındaki özerk 'hâkim' kavramında mündemiç teminatlardandır."* (Par. 57) Eğitici, katılımcıların, Fransa hakkında verilen AİHS Madde 5/3'ün ihlali kararı ışığında Türkiye'deki durumdan bahsetmelerini ve yürütmenin soruşturmaya müdahale potansiyelini tartışmalarını ister.
Slayt 5	Bu slaytta, hâkim ve savcılar arasındaki ilişki ele alınacaktır. Katılımcılardan, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 2012 raporunda yer verdiği şu gözlemleri (Par. 121) yorumlamaları istenir: "Hâkim ve savcılar hâlâ aynı topluluğun üyesi gibi kabul edilmekte, aynı lojman tesislerinde ve genellikle birbirleriyle yakın kişisel, sosyal ilişkiler içinde yaşamakta ve adliyelerde aynı ofislerde çalışmaktadırlar. Bazı gözlemcilere göre bu durum, savcıların önleyici tedbir taleplerini hâkimlerin titizlikle inceleme ihtimalini azaltmaktadır. Dile getirilen diğer bir sorun ise şu idi: Başsavcı, adliyenin (tesis anlamında) günlük yönetiminden ve organizasyonundan sorumlu olup pek çok idari işle uğraşmakta, bu ise savcıların iş yükünü artırmanın yanı sıra tarafsızlık görüntüsünü de olumsuz etkilemektedir." Bu noktada, katılımcıların dikkati, etik konularına ve hâkimlerin tarafsızlığının ve tarafsız görünmelerinin önemine çekilecektir. Katılımcılardan, ülkedeki uygulamalarda bu alanda yaşanan sorunlardan bahsetmeleri istenecektir. Vaka çalışmasına öncelik verilecektir.
Slayt 6	Bu bölümde *hâkim/savcılar ile avukatlar* arasındaki ilişkiler üzerinde durulacaktır. Pek çok gözlemciye göre, hâkim/savcılar ve avukatlar birbirlerini pek bilmemekte ve birbirlerine güvenmemektedirler.

	Hâkimler, müdafiyi ceza adaletinin olmazsa olmaz bir ortağı kabul etmekte midirler? Hâlihazırdaki durum nasıl iyileştirilebilir? Katılımcılardan genel itibarla şu hususları açıklamaları istenir: Avrupa Konseyinin Avukatlık Mesleğini İcra Etme Özgürlüğünün Kullanılması Hakkında Tavsiye Kararı (2000, 21E, 25 Ekim 2000) ışığında *"avukatların Türk ceza adaleti sistemindeki rolü, yeri ve meşruiyeti nedir? Anılan Tavsiye Kararı'nda şu ifadelere yer verilmektedir: "avukatların, kim tarafından ve hangi gerekçeyle olursa olsun, doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit veya usulsüz müdahalelerden bağımsız biçimde görevlerini ifa etmeleri" adaletin yerine getirilmesinin bir gereği olarak görülmeli, "baroların ve avukatlarla ilgili diğer meslek kuruluşlarının üyelerini uygunsuz kısıtlamalardan veya gerekçesiz ihlallerden koruma ve bağımsızlıklarını müdafaa etme hakkına saygı duyulmalıdır.".*
Slayt 7	Bu bölümde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin [Rec (2000)19] sayılı Savcılığın Ceza Adaleti Sistemindeki Rolü Hakkında Tavsiye Kararı ışığında savcıların rolü üzerinde durulmaktadır. Özellikle aşağıdaki hususlar ele alınacaktır: • Savcılar temel görevlerine yoğunlaşabilmekte midirler (hukukiliği sağlama; ciddi, karmaşık ve kamuoyunca büyük yankı uyandıran ceza davalarının soruşturulmasında fiilî olarak liderliği ele alabilme; hukuki açıdan sorunlu olması veya delillerin yetersizliği nedeniyle mahkemelere yük getirmemek için filtreleme görevi görme; iyi iddianame hazırlama; duruşmaya katılma...)? • AİHM içtihadı (Ozerov-Rusya Kararı, 18 Mayıs 2010) savcının duruşma aşamasında bulunmaması veya pasif olması hususuna özel vurgu yapılmalıdır.
Slayt 8	Bu bölümde *müdafinin* (genellikle çok sınırlı olduğu ifade edilen) rolü üzerinde durulacaktır. Özellikle tartışılacak bazı hususlar: • Savcı ve hâkimler duruşma salonuna aynı kapıdan girerken avukatların halkın kullandığı kapıdan girmek durumunda olması; • Savcının ve müdafinin duruşma salonundaki oturma şekilleri (savcı daha yüksek seviyede, sanık ve müdafi ise daha alçak bir seviyede oturmaktadır: Katılımcılardan Diriöz-Türkiye Kararı'nı (31 Mayıs 2012, Par. 26) yorumlamaları istenir; • Müdafinin müvekkilinden uzakta tutulması ve kendisiyle gizli iletişim kuramaması; • Müdafinin, hâkim tarafından sözü kesilmeden görüş bildirme ihtimali; • Terör davalarında savunmanın özel durumu.

Slayt 9	Bu slaytta *hâkimlerin rolü ve tarafsızlığı* açıklanmakta ve tartışılmaktadır. Özellikle aşağıdaki hususlar ele alınacaktır: • Hâkim, soruşturulmasında eksiklik bulunan bir davayı nasıl yürütmelidir? • Hâkim, rolünün savcının rolünden net biçimde farklı olduğunu göstermek adına ne yapabilir? • CMK'nın 174. maddesi (iddianamenin iadesi) nasıl uygulanmalıdır? • Yargılamanın düzeni nasıl sağlanmalıdır? (tartışmada hazırlık evresine odaklanılacaktır: Tanıklar nasıl getirtilir ve sorgulanır, bilirkişi ifadelerinin zamanında alınması, her süje hangi sırayla konuşur, tanıkların mantıksal bir silsileyle çağrılması, mağdurlara haklarının bildirilmesi ve yargılama süresince bu hakların gözetilmesi, davaların büyük kesintiler ve gereksiz ertelemeler olmaksızın tamamlanması vb.) • Örgütlü suç ve terör davaları nasıl yürütülmelidir? Eğitici, bireysel adalete dayalı adil yargılanma ilkesine aykırı toplu hüküm verme uygulamasının olumsuzluklarını ısrarla vurgulamalıdır. Eğitici, katılımcılara, uluslararası kurum ve sözleşmeleri savunmanın önemi üzerinde neden bu denli durduğunu sorar. Bunun yasal zemini açıklanmalı ve katılımcıların dikkati, "bağlayıcı hukuk hükümlerinin" AK Bakanlar Komitesi tavsiye kararları gibi "bağlayıcı olmayan hukuk standartları" ile tamamlandığı hususuna çekilmelidir. Eğitici, anılan belgelere bunları kısaca özetleyebilecek derecede vakıf olmalıdır. Katılımcılar, haklarını istismar eden avukatlarla ilgili neler yapılabileceği konusunda da görüşlerini açıklamalıdırlar.
Slayt 10	Bu slaytta adil yargılanma ilkesinin *ana ilkeleri* yeniden ele alınmaktadır. Eğitici, uygulamacıların, kararlarında bu ilkelere nadiren atıfta bulunduklarını ve bunun sorgulanması gerektiğini açıklar: Ceza hukukunun şekilciliğinden kaynaklanan kitabi gelecek nedeniyle, hâkimler yalnızca çok daha aşina oldukları teknik kurallara atıfta bulunmaktadırlar. Ancak, son yıllarda uygulamalarda da bir değişim görülmektedir: Yargıtayın veya Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında AİHS ilkelerine göndermeler yapılmaktadır. Bu değişim tartışılır ve eğitici, hâkimlerin kararlarında, kanunun ruhunun yalnızca bir yansıması olan teknik kurallardansa kanunun ruhuna ve AİHS'de tarif edildiği şekliyle genel hukukun üstünlüğü kavramına atıfta bulunmalarının avantajlarını anlatır.

Slayt 11	**Tartışma** Eğitici tartışma başlatır ve 4. derste ele alınan konuların anlaşılıp anlaşılmadığını görmek için katılımcılara sorular sorar.
Slayt 12	**Uygulamalı alıştırmalar** Aynı davanın farklı ülkelerin usullerine göre nasıl farklı şekillerde yürütülebileceğine ilişkin video kullanılacaktır. Videonun ardından tartışma yapılır. Ulusal uzmanların geliştirdiği bir senaryo üzerinden oyunlaştırma (veya vaka çalışması) yapılır. Bu çalışmada, örneğin hâkim ve savcılar arasındaki genel ilişkiler veya belirli bir usuli durumdaki (iddianamenin iadesi gibi) ilişkileri üzerinde durulabilir.

4.1. Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları Hakkında CM/Rec(2010)12 Sayılı Tavsiye Kararı

(Bakanlar Komitesi tarafından 17 Kasım 2010 tarihinde Delegeler Komitesinin 1098. oturumunda kabul edilmiştir.)

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 15.b maddesi hükümleri uyarınca,

İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmenin [Bundan böyle "Sözleşme" olarak anılacaktır, ETS (Avrupa Sözleşme Serisi) No. 5] "herkes kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde makul süre içerisinde adil ve açık yargılanma hakkına sahiptir" hükmüyle ifade bulan 6. maddesini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili içtihatlarını göz önünde tutarak;

Birleşmiş Milletler Genel Meclisi tarafından Kasım 1985'te onaylanan Yargı Bağımsızlığı Temel İlkelerini göz önünde bulundurarak;

Avrupa Yargıçları İstişare Konseyinin (CCJE) mütalaalarını, Avrupa Etkin Yargı Komisyonunun (CEPEJ) çalışmalarını ve Avrupa Konseyinin çok taraflı toplantıları çerçevesinde hazırlanan Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı'nı göz önünde tutarak;

Yargı işlevlerini icra ederken hâkimlerin, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasındaki rolünün esas olduğunu dikkate alarak;

Hukukun üstünlüğünün tabii bir unsuru olmanın yanında hâkimlerin tarafsızlığının ve yargı sisteminin işleyişinin vazgeçilmez bir unsuru olan hâkimlerin bağımsızlığını geliştirme arzusuyla,

Yargı bağımsızlığının herkesin adil yargılanma hakkını teminat altına aldığı, bu nedenle hâkimler için bir imtiyaz teşkil etmeyip insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının teminatı olduğu ve herkesin adalet sistemine güven duymasını sağladığı hususunun altını çizerek;

Etkin ve adil bir hukuk sistemine ulaşabilme ve hâkimlerin kendilerini tümüyle yargı sisteminin işleyişine adamalarını sağlayabilme adına hâkimlerin mesleklerinin ve yetkilerinin teminat altına alınması ihtiyacının farkında olduğunu izhar ederek;

Herkesin çıkarlarını korumayı amaçlayan yargı sorumluluklarının, görevlerinin ve yetkilerinin layığıyla yerine getirilmesini sağlama ihtiyacının farkında olduğunu izhar ederek;

Üye devletlerin yargı kurumlarının hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olarak teşkilatlanması konusundaki farklı deneyimlerinden öğrenme isteğiyle,

Kuvvetler ayrılığı konusunda hukuk sistemlerinin, anayasal konumların ve yaklaşımların farklı olduğunu göz önünde bulundurarak;

Bu tavsiye kararı kapsamındaki hiçbir hususun üye devletlerin anayasaları veya hukuk sistemleri ile hâkimlere tanınan bağımsızlık güvencelerini azaltmayı amaçlamadığını

kaydederek;

Bazı üye devletlerin anayasalarında veya hukuk sistemlerinde bu tavsiye kararı içerisinde "yargı kurulu (konseyi)" adıyla anılacak bir kurul teşkil ettiklerini kaydederek;

Ortak bir yargı kültürü geliştirilmesini teşvik etmek adına bazı üye devletlerdeki yargı mercileri ve ayrıca hâkimler arasındaki ilişkileri geliştirme isteğiyle,

Hâkimlerin bağımsızlığını ve etkinliğini geliştirmek, sorumluluklarını teminat altına almak ve daha etkin hâle getirmek ve ayrıca hâkimlerin ve genel olarak yargının rolünü güçlendirmek için gerekli bütün tedbirlerin güçlendirilmesi amacıyla Bakanlar Komitesinin, hâkimlerin bağımsızlığı, etkinliği ve rolüne dair Rec(94)12 sayılı tavsiye kararının önemli ölçüde güncellenmesi gereğini dikkate alarak;

Üye devletlerin hükûmetlerine yukarıda belirtilen Rec(94)12 sayılı Tavsiye Kararı'nın yerini alan bu tavsiye kararının ekindeki hükümlerin mevzuatlarında, politikalarında ve uygulamalarında tatbik edilmesi amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamalarını ve hâkimlerin işlevlerini bu hükümlere uygun olarak yerine getirmelerinin temin edilmesini tavsiye etmektedir.

CM/Rec(2010)12 Sayılı Tavsiye Kararının Eki

4.1.1. Genel Hususlar

Tavsiye kararının kapsamı

1. Bu tavsiye kararı, anayasal konularla ilgilenenler de dâhil yargı işlevi icra eden bütün şahıslar için geçerlidir.

2. Bu tavsiye kararının hükümleri, yalnızca meslekten olan (profesyonel) hâkimler için geçerli olduğu bağlamdan açık bir şekilde anlaşılan durumlar dışında, profesyonel olmayan hâkimler için de geçerlidir.

Yargı bağımsızlığı ve yargı bağımsızlığının hangi düzeyde korunacağı hususu

3. Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörüldüğü üzere bağımsızlığın amacı; herkesin, davasının adil bir yargılanma neticesinde, yalnızca hukuki nedenlerle ve hiçbir uygunsuz etki altında kalınmaksızın sonuçlandırılmasına yönelik temel hakkını teminat altına almaktır.

4. Hâkimlerin bireysel bağımsızlığı bir bütün olarak yargı bağımsızlığı ile korunmaktadır. Hâl böyle iken, hâkimlerin bağımsızlığı hukukun üstünlüğünün temel bir unsurudur.

5. Hâkimler davaları hukuka ve olguları kendi yorumlayış biçimlerine göre karara bağlama konusunda kısıtlanmamış bir özgürlüğe sahip olmalıdırlar.

6. Hâkimler yeterli yetkilere sahip olmalı ve bu yetkileri görevlerini yerine getirme, salahiyetlerini ve mahkemenin saygınlığını muhafaza etme adına kullanabilmelidirler. Kamu organları ve temsilcileri de dâhil bir dava ile bağlantısı olan

herkes hâkimin salahiyetine tabi olmalıdır.

7. Hâkimlerin ve yargının bağımsızlığına, üye devletlerin anayasalarında veya mümkün olan en yüksek hukuk düzeyinde yer verilmeli ve mevzuat seviyesinde hususi kurallar belirlenmelidir.

8. Hâkimler bağımsızlıklarının tehdit altında olduğunu düşündüklerinde bir yargı kuruluna veya başka bir bağımsız merciye başvurabilmeli veya başvuracak etkin hukuk yollarına sahip olmalıdırlar.

9. Bir dava, bir hâkimden geçerli neden gösterilmeksizin alınmamalıdır. Davayı hâkimden alma kararı, yargı içerisinde bir merci tarafından şeffaf bir usul izlenmek suretiyle nesnel ve önceden belirlenmiş kriterler takip edilerek alınmalıdır.

10. Bireysel davalardaki yetki alanlarına kanunda öngörüldüğü hâliyle yalnızca hâkimlerin kendisi karar vermelidir.

4.1.2. Dış Etkilerden Bağımsızlık

11. Hâkimlerin dış etkilerden bağımsızlığı hâkimlerin kendi menfaatlerine yönelik bir özel imtiyaz veya ayrıcalık olmayıp hukukun üstünlüğünün ve tarafız adalet arayışı ve beklentisi içerisinde bulunan kişilerin yararınadır. Hâkimlerin özgürlüğü, insan haklarına saygının ve hukukun tarafsız biçimde tatbik edilmesinin bir teminatı olarak düşünülmelidir. Hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, tarafların mahkeme önünde eşitliğinin güvenceye alınması için esastır.

12. Hâkimler ve yargı, bağımsızlıkları halel görmemek kaydıyla, adaletin etkin ve verimli biçimde yerine getirilmesi amacına matuf olarak mahkemelerin yönetiminde ve idaresinde rolü bulunan kurumlarla ve kamu mercileriyle ve ayrıca görevleri hâkimlerin çalışmalarıyla bağlantılı bulunan profesyonellerle yapıcı çalışma ilişkilerini sürdürmelidirler.

13. Hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına saygı ve bu bağımsızlığın ve tarafsızlığın korunması ve geliştirilmesi için gerekli bütün tedbirler alınmalıdır.

14. Hâkimleri uygunsuz biçimde etki altında bırakma arayışındaki kişilere kanunla yaptırımlar öngörülmelidir.

15. Kararlar gerekçelendirilmeli ve alenen duyurulmalıdır. Hâkimlere bunun dışında kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğü getirilmemelidir.

16. Hâkimlerin kararları kanunda öngörüldüğü hâliyle temyiz veya yeniden yargılama dışında herhangi bir tadilata tabi olmamalıdır.

17. Yürütme ve yasama erkleri genel af veya af kararları veya benzer tedbirler dışında yargı kararlarını hükümsüz kılacak kararlar almamalıdırlar.

18. Yürütme ve yasama erkleri, hâkim kararları hakkında yorumda bulunmaları hâlinde yargı bağımsızlığını veya halkın yargıya olan güvenini sarsacak eleştirilerden kaçınmalıdırlar. Ayrıca, temyize başvurma niyeti beyan etmek dışında, hâkimlerin kararları hakkında soru işaretlerine yol açabilecek eylemlerden kaçınmalıdırlar.

19. Yargısal işlemler ve yargının idaresiyle ilgili hususlar kamuyu ilgilendirmektedir. Ancak, yargıyla ilgili hususlarda bilgi edinme hakkı yargı bağımsızlığının vazettiği sınırlar dikkate alınarak uygulanmalıdır. Mahkemelerin veya yargı kurullarının veya başka bağımsız mercilerin sorumluluğu altında mahkeme sözcülüğünün veya basın ve iletişim hizmetlerinin tesis edilmesi teşvik edilmektedir. Hâkimler medya ile olan ilişkilerinde temkinli olmalıdırlar.

20. Hizmet ettikleri toplumun bir parçası olan hâkimler halkın güveni olmaksızın adaleti etkin biçimde yerine getiremezler. Toplumun yargı sistemiyle ilgili beklentilerini ve yargı sisteminin işleyişine dair şikâyetlerini bilmelidirler. Yargı veya başka bağımsız merciler tarafından bu tür geri bildirimlerin alınmasına yönelik daimî mekanizmaların tesis edilmesi buna katkıda bulunacaktır.

21. Hâkimler resmî görevleri dışında faaliyetlerde bulunabilirler. Çıkar çatışmalarının veya çıkar çatışması izlenimlerinin önünü almak amacıyla, hâkimlerin katılımı yalnızca tarafsızlıklarına ve bağımsızlıklarına uygun faaliyetlerle sınırlandırılmalıdır.

4.1.3. İç Etkilerden Bağımsızlık

22. Yargı bağımsızlığı ilkesi, her hâkimin yargılama işlevini yerine getirirken bağımsız olması anlamına gelmektedir. Hâkimler karar verirken bağımsız ve tarafsız olmalı ve yargı içerisinden merciler de dâhil hiçbir mercinin doğrudan veya dolaylı kısıtlaması, uygunsuz etkisi, baskısı, tehdidi veya müdahalesi olmaksızın hareket edebilmelidirler. Yargının hiyerarşik teşkilat yapısı hâkimlerin bireysel bağımsızlığını zedelememelidir.

23. Üst mahkemeler, hukuka uygun olarak ön kararlar veya başvurulacak kanun yollarına dair karar verme dışında hâkimlere bireysel davaları nasıl karara bağlayacakları yönünde talimat vermemelidir.

24. Davaların mahkeme içerisinde tevzii, bağımsız ve tarafsız bir hâkim tarafından yargılanma hakkını güvence altına almak amacıyla nesnel ve önceden belirlenmiş kriterler çerçevesinde yapılmalıdır. Dava tevziinde taraflardan birinin veya davanın sonuçlarıyla ilgisi bulunan herhangi birinin isteklerinin etkisi altında kalınmamalıdır.

25. Hâkimler, amacı, hâkimlerin bağımsızlığını ve çıkarlarını korumak, hukukun üstünlüğünü geliştirmek olan meslek örgütleri kurabilmeli ve bu örgütlere üye olabilmelidirler.

4.1.4. Yargı Kurulları

26. Yargı konseyleri, yargının ve hâkimlerin bağımsızlığını güvence altına almak ve böylelikle yargı sisteminin işleyişinin etkinliğini artırmak amacıyla kanunla veya Anayasa ile kurulan bağımsız organlardır.

27. Bu kurulların üyelerinin en az yarısı yargının her seviyesindeki meslektaşları tarafından hâkimler olmalı ve üyeler yargı içerisinde çoğulculuk gözetilerek seçilmelidir.

28. Yargı kurulları, önceden tespit edilmiş usuller ve gerekçeli kararlar geliştirmek suretiyle hâkimlere ve topluma karşı azami şeffaflık sergilemelidirler.

29. Yargı kurulları görevlerini yerine getirirken hâkimlerin bireysel bağımsızlığına müdahale etmemelidirler.

4.1.5. Bağımsızlık, Etkinlik ve Kaynaklar

30. Hâkimlerin ve yargı sistemlerinin etkinliği; herkesin haklarının korunması, Sözleşme'nin 6. maddesine uygunluk, hukuki belirlilik ve halkın hukukun üstünlüğüne olan güveni açısından gerekli bir koşuldur.

31. Etkinlik, ilgili hususların adil biçimde dikkate alınmasını müteakiben makul bir süre içerisinde kaliteli kararlar verilmesidir. Hâkimler, uygulanması kendi yargı yetkilerine giren kararların infazı da dâhil olmak üzere sorumlu oldukları davaların etkin yönetimini sağlamakla yükümlü olmalıdırlar.

32. Yargı sisteminin teşkilatlanmasından ve işleyişinden sorumlu merciler, hâkimlere görevlerini yerine getirmelerine imkân verecek koşulları sağlamakla yükümlüdürler ve hâkimlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını korur ve gözetirken etkinliği sağlamalıdırlar.

Kaynaklar

33. Her devlet, mahkemelere Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen standartlara uygun biçimde çalışma imkânı sağlayacak yeterli kaynakları, tesisleri ve araç gereci tahsis etmeli ve hâkimlerin etkin çalışmasını temin etmelidir.

34. Verecekleri kararların mali sonuçlar doğuracağı durumlarda yerinde usul kararları verebilmelerini sağlamak adına hâkimlere ihtiyaç duydukları bilgiler sağlanmalıdır. Bir hâkimin bir davayı karara bağlama yetkisi, yalnızca kaynakları en verimli biçimde kullanma gerekliliğiyle sınırlandırılmamalıdır.

35. Mahkemelere yeterli sayıda hâkim ve uygun niteliklere sahip personel tayin edilmelidir.

36. Mahkemelerde aşırı iş yükünü önlemek ve azaltmak amacıyla, yargısal olmayan işleri yapacak gerekli nitelikleri haiz kişilerin görevlendirilmesini sağlayacak ve yargının bağımsızlığı ilkesine uygun tedbirler alınmalıdır.

37. İlgili merciler ve hâkimler elektronik vaka yönetimi sistemlerinin, bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılmasını teşvik etmelidirler; benzer şekilde bunların mahkemelerce kullanılmasının yaygınlaştırılması da teşvik edilmelidir.

38. Hâkimlerin güvenliğini sağlayacak bütün gerekli tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirlere mahkemelerin ve tehdit edilen veya şiddet fiillerinin mağduru hâline gelen veya gelebilecek hâkimlerin korunması da dâhil edilebilir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü

39. Alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları geliştirilmelidir.

Mahkemelerin idaresi

40. Mahkemelerin idaresinden, mahkemelerden ve/veya hâkimlerin meslek örgütlerinden sorumlu yargı kurullarının mevcut olduğu yerlerde, yargı sisteminin bütçesi hazırlanırken bu kurullarla veya bu sorumluluğu haiz diğer bağımsız mercilerle istişare edilebilir.

41. Hâkimler mahkemelerin idaresine katılmaya teşvik edilmelidir.

Değerlendirme

42. Üye devletler, adaletin etkin biçimde yerine getirilmesine ve kalitesinin sürekli biçimde iyileştirilmesine katkıda bulunmak amacıyla, 58. maddeye uygun olarak hâkimlerin yargı mercileri tarafından değerlendirilmesine yönelik sistemler oluşturabilirler.

Uluslararası boyut

43. Devletler, hâkimlerin yabancı veya uluslararası unsurlar barındıran davalarda işlevlerini etkin biçimde yerine getirebilmelerini sağlayacak imkânları oluşturmalı ve hâkimler arasında uluslararası iş birliğini ve ilişkileri desteklemelidirler.

4.1.6. Hâkimlerin Statüsü

Seçilme/atama ve kariyer

44. Hâkimlerin seçilmesini/atanmasını ve kariyerini ilgilendiren kararlar kanunla veya yetkili mercilerce önceden belirlenmiş nesnel kriterlere dayalı olmalıdır. Bu kararlarda liyakat esas alınmalı ve hukuku tatbik edip insan onurunu gözeterek yargılamada bulunmak için gerekli nitelikler, beceriler ve yetkinlik dikkate alınmalıdır.

45. Hâkimlere veya yargı mensubu adaylarına yönelik cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi görüş veya başka görüşler, millî veya sosyal köken, bir millî azınlıkla ilinti, mülkiyet, engellilik, doğum, cinsel yönelim veya başka bir kişisel durum nedeniyle hiçbir ayrımcılık uygulanmamalıdır. Bir hâkimin veya yargı mensubu adayının ilgili devletin vatandaşı olmasının gerekli kılınması, ayrımcılık olarak kabul edilmemelidir.

46. Hâkimlerin seçim/atama ve kariyer kararlarını veren merci, yürütme ve yasama erklerinden bağımsız olmalıdır. Bağımsızlığının güvence altına alınması bakımından, bu mercinin üyelerinin en az yarısı meslektaşları tarafından seçilen hâkimler olmalıdır.

47. Ancak, anayasa veya kanun hükümlerinde hâkimlerin seçilmesine/atanmasına ve kariyerlerine dair kararların devlet başkanı, hükûmet veya yasama erki tarafından verilmesinin öngörüldüğü durumlarda, üyelerinin önemli bir bölümü yargı mensuplarından oluşan bağımsız ve yetkin bir merci (Bölüm IV'te belirtilen yargı kurulları için geçerli kurallar saklı kalmak koşuluyla), ilgili atama mercisinin uygulamada takip edeceği öneriler getirme ve görüş bildirme konusunda yetkili kılınmalıdır.

48. Paragraf 46 ve 47'de anılan bağımsız mercilerin üye yapısında mümkün

olan en geniş temsiliyet sağlanmalıdır. Bu mercilerin usulleri şeffaf olmalı; kararları gerekçelendirilmeli ve talep üzerine başvuranlara açık olmalıdır. Başarısız adaylar karara veya en azından karar verilirken takip edilen usule itiraz edebilmelidir.

Görev süresi ve görevden alınamama

49. Hâkimlerin meslek teminatı ve görevden alınamamaları hâkim bağımsızlığının en önemli unsurlarından biridir. Bu çerçevede, zorunlu emeklilik yaşının mevcut olduğu yerlerde hâkimlerin görev süresi bu zorunlu emeklilik yaşına değin teminat altına alınmalıdır.

50. Hâkimlerin görev süresi kanunla tesis edilmelidir. Kalıcı atamanın iptali, ancak kanunla belirlenen disiplin veya ceza hükümlerinin ciddi ihlali hâlinde veya hâkimin yargı işlevini yerine getiremez hâle geldiği durumlarda söz konusu olmalıdır. Erken emeklilik yalnızca ilgili hâkimin isteği üzerine veya tıbbi nedenlerle mümkün olmalıdır.

51. Aday ataması veya belirli süreli sözleşmeyle atamanın söz konusu olduğu durumlarda, adaylığın onaylanması veya sözleşme yenilenmesi kararı, yargının bağımsızlığının tümüyle gözetilmesini sağlamak adına yalnızca paragraf 44'e uygun olarak verilmelidir.

52. Bir hâkim, disiplin yaptırımları veya yargı sisteminin teşkilatında reform dışında kendi rızası olmaksızın başka bir yere tayin edilmemeli veya başka bir yargı birimine atanmamalıdır.

Ücretler

53. Profesyonel hâkimlerin ücret sisteminin temel kuralları kanunla belirlenmelidir.

54. Hâkimlerin ücretleri, meslekleri ve sorumlulukları ile orantılı olmalı, kararlarını etkilemeye dönük herhangi bir saikten koruyacak düzeyde yeterli olmalıdır. Hâkimlere hastalık, analık veya babalık izni esnasında makul bir ücret ödenmesine devam edilmeli, emekli aylıkları çalıştıkları esnada aldıkları ücretle orantılı makul bir düzeyde olmalıdır. Yalnızca hâkimleri hedef alan ücret indirimi girişimlerinin önlenmesi amacıyla özel yasal hükümler getirilmelidir.

55. Hâkimlerin ana ücretlerinin performansa dayalı olduğu sistemlerden kaçınılmalıdır zira bu tür sistemler hâkimlerin bağımsızlığı konusunda güçlüklere yol açabilir.

Eğitim

56. Hâkimlere mesleğe başladıklarında ve sonrasında teorik ve pratik hizmet içi eğitim imkânları sağlanmalı ve bu eğitimlerin finansmanı bütünüyle devlet tarafından karşılanmalıdır. Bu eğitimlere yargı işlevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili ekonomik, sosyal ve kültürel konular da dâhil edilmelidir. Bu eğitimlerin yoğunluğu ve süresi önceki mesleki deneyimler ışığında belirlenmelidir.

57. Bağımsız bir merci, eğitim özerkliğine tam olarak uymak suretiyle,

mesleğe başlama ve hizmet içi eğitim programlarının yargı hizmetlerinin doğasında bulunan açıklık, yetkinlik ve tarafsızlık gereksinimlerine uygunluğunu temin etmelidir.

Değerlendirme

58. Yargı makamlarının, hâkimlerin değerlendirilmesine dönük sistemler oluşturdukları durumlarda bu sistemler nesnel kriterlere dayalı olmalıdır. Bu kriterler yetkili yargı mercisi tarafından yayımlanmalıdır. Değerlendirme usulü, hâkimlerin faaliyetleriyle veya faaliyetlerine ilişkin değerlendirmelerle ilgili kendi görüşlerini serdetmelerini ve değerlendirmelere bağımsız bir merci veya mahkeme kanalıyla itiraz etmelerini mümkün kılmalıdır.

4.1.7. Görevler ve Sorumluluklar

Görevler

59. Hâkimler yargı işlemlerinin yürütülmesi esnasında herkesin hak ve özgürlüklerini eşit derecede korumalı ve insan onurunu gözetmelidirler.

60. Hâkimler bütün davalarda bağımsız ve tarafsız biçimde hareket etmeli, bütün tarafların adil yargılanmasını temin etmeli ve gerekli durumlarda usulle ilgili meseleleri açıklamalıdırlar. Hâkimler yargılama işlemleri sırasında herhangi uygunsuz bir dış etkiye maruz kalmadan hareket etmeli ve bu tür dış etkilere maruz kalmadan hareket ettikleri görünür olmalıdır.

61. Hâkimler kendilerine havale edilen davaları görmelidirler. Kanunda belirtilen geçerli nedenler dışında davadan çekilmemeli veya davayı reddetmemelidirler.

62. Hâkimler her davayı gerekli özeni göstererek ve makul süre içerisinde yönetmelidirler.

63. Hâkimler, kararlarının açık gerekçelerini bildirmelidirler ve bu gerekçeler açık ve anlaşılabilir bir dilde olmalıdır.

64. Hâkimler uygun davalarda tarafları dostça çözüme teşvik etmelidirler.

65. Hâkimler yetkinliklerini sürekli güncel tutmalı ve geliştirmelidirler.

Sorumluluk ve disiplin işlemleri

66. Hâkimlerin, davaları karara bağlama sürecinde; hukuku yorumlama, olguları değerlendirme ve delilleri tartma çalışmaları, kasıt ve ağır ihmal hâli dışında hukuki sorumluluk veya disiplin sorumluluğu için neden teşkil etmemelidir.

67. Devletin tazmin yükümlülüğüne maruz kaldığı durumlarda yalnızca devlet bir hâkime mahkeme yoluyla hukuki sorumluluk yükleme girişiminde bulunabilir.

68. Hâkimlerin davaları karara bağlama sürecinde; hukuku yorumlama, olguları değerlendirme ve delilleri tartma çalışmaları, kasıt hâli dışında hukuki cezai sorumluluk için neden teşkil etmemelidir.

69. Hâkimlerin, görevlerini etkin ve düzgün biçimde yapmamaları durumunda disiplin işlemleri başlatılabilir. Bu işlemler bağımsız bir merci veya mahkeme tarafından yürütülmeli, her türlü adil yargılama güvencesi sağlanmalı ve ilgili hâkime, karara ve yaptırıma itiraz etme imkânı verilmelidir. Disiplin yaptırımları orantılı olmalıdır.

70. Hâkimler kararları temyizle bozulduğunda veya tadil edildiğinde kişisel olarak sorumlu tutulmamalıdır.

71. Hâkimler yargı işlevlerini yürütmezken diğer bütün vatandaşların tabi olduğu hukuki, cezai ve idari kanunlar karşısında sorumludurlar.

4.1.8. Hâkimlerin Etik Kuralları

72. Hâkimler faaliyetlerinde mesleki davranış kurallarının etik ilkelerini takip etmelidirler. Bu ilkeler görevleriyle ilgili disiplin tedbiri yaptırımlarını içermenin yanında hâkimlere hâl ve tavırları konusunda yol göstermelidir.

73. Bu ilkeler, yargı etiği kuralları hâline getirilmeli ve halkın hâkimlere ve yargıya güveni konusunda esin kaynağı olmalıdır. Hâkimler bu kuralların belirlenmesinde öncü rol üstlenmelidirler.

74. Hâkimlerin yargı içerisinde etik konuları ile ilgili tavsiye için başvurabilecekleri bir organ bulunmalıdır.

4.2. Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Avrupa Polis Etik Kuralları Hakkında Rec(2001)10 Sayılı Tavsiye Kararı

(Bakanlar Komitesi tarafından 19 Eylül 2001 tarihinde Delegeler Komitesinin 765. oturumunda kabul edilmiştir.)

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 15.b maddesi hükümleri uyarınca,

Avrupa Konseyinin amacının, üyeleri arasında daha kapsamlı bir birlik sağlamak olduğunu hatırlatarak;

Avrupa Konseyinin bir diğer amacının da tüm gerçek demokrasilerin temelini oluşturan hukukun üstünlüğünü geliştirmek olduğunu göz önünde bulundurarak;

Ceza hukuku sisteminin, hukukun üstünlüğünün korunmasında kilit bir rol oynadığını ve polisin söz konusu sistem içerisinde önemli bir rol üstlendiğini dikkate alarak;

Tüm üye devletlerin, ulusal ve uluslararası düzeyde etkin bir şekilde suçla mücadele ihtiyacının farkında olduğunu izhar ederek;

Polis faaliyetlerinin büyük oranda kamu ile yakın temas hâlinde gerçekleştirildiğini ve polisin etkinliğinin kamu desteğine bağlı olduğunu dikkate alarak;

Birçok Avrupa polis teşkilatının -hukuku savunmanın yanı sıra- toplumda

hizmete ilişkin görevlere ek olarak sosyal görevler yerine getirdiğini kabul ederek;

Polise olan kamu güveninin, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen insan onuruna, bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı başta olmak üzere, polisin halka karşı tutum ve davranışlarıyla yakından ilgili olduğuna kanaat getirerek;

Birleşmiş Milletler Kolluk Güçleri Görevlilerinin Davranışlarına İlişkin Kurallar'da açıklanan ilkeler ile Polis Bildirisi hakkında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ilke kararını dikkate alarak;

Polisle ilgili metinlerde -ceza hukuku, medeni hukuk ve kamu hukuku- yer alan ilke ve kurallar ile Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen insan hakları veçhelerini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin karar ve hükümleri ile İşkencenin ve Gayriinsani veya Küçültücü Ceza veya Muamelenin önlenmesine dair Komite tarafından kabul edilen ilkeleri göz önünde bulundurarak;

Avrupa'daki polis yapılarının çeşitliliğini ve polisin teşkilatlanma şekillerini kabul ederek;

Güvenliğin sağlanması amacıyla, polisin genel hedefleri, performansı ve hesap verebilirliği ve hukukun üstünlüğü ile yönetilen demokratik toplumlarda bireylerin haklarına ilişkin ortak Avrupa ilkeleri ve temel kurallar oluşturma ihtiyacını dikkate alarak,

Üye devlet hükûmetlerine; iç mevzuatları, uygulamaları ve polisin davranış kuralları konusunda, bu tavsiye kararının ekinde yer alan Avrupa Polis Etik Kuralları'nın aşamalı bir şekilde uygulanması ve bu metnin mümkün olan en kapsamlı şekilde yaygınlaştırılması amacıyla, metinde yer alan ilkeleri esas almalarını tavsiye etmektedir.

4.3. Avrupa Polis Etik Kuralları Hakkında Rec(2001)10 Sayılı Tavsiye Kararının Eki

Kuralların Kapsamının Tanımı

Bu kurallar, temel olarak, sivil toplumda hukukun ve düzenin sağlanması amacı güden geleneksel emniyet güçleri veya emniyet hizmet birimleri yahut kamu tarafından yetkilendirilmiş ve/veya denetlenen diğer yapılar ile bu amaçlara yönelik olarak devlet tarafından güç ve/veya özel yetki kullanma ile yetkilendirilen kişiler için geçerlidir.

4.3.1. Polisin hedefleri

1. Hukukun üstünlüğü ile yönetilen demokratik bir toplumda polisin temel hedefleri şunlardır:

- Kamu huzurunu ve toplumdaki kanun ve düzeni korumak;
- Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen, bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve bunlara saygı göstermek;
- Suçu önlemek ve suçla mücadele etmek;
- Suçu belirlemek;
- Kamuya destek sağlamak ve hizmet sunmak.

4.3.2. Hukukun üstünlüğü kapsamında polisin hukuki dayanağı

2. Polis teşkilatı, kanun ile kurulan bir kamu organıdır.

3. Polis tarafından gerçekleştirilen işlemler, her zaman, ulusal hukuka ve ülkenin kabul ettiği uluslararası standartlara uygun olarak yerine getirilmelidir.

4. Polise yönelik mevzuat, kamunun erişimine açık, yeterince anlaşılır ve net olmalı ve gerektiğinde, eşit derecede kamunun erişimine açık ve anlaşılır olan net düzenlemelerle desteklenmelidir.

5. Polis personeli, sıradan vatandaşlarla aynı mevzuata tabidir ve sadece, demokratik bir toplumda polisin uygun bir şekilde görevini yerine getirmesine ilişkin gerekçeler söz konusu olduğunda istisnalar haklı kabul edilebilir.

4.3.3. Polis ve ceza hukuku sistemi

6. Polis ile savcılık makamı, adli ve düzeltici sistemin rolü arasında açık bir ayrım vardır; polisin bu organlar üzerinde herhangi bir denetleyici işlevi yoktur.

7. Polis, hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına mutlak surette saygı göstermelidir; özellikle, polis hukuki kararlara veya mahkeme kararlarına itiraz edemez veya bu kararların uygulanmasını engelleyemez.

8. Kural olarak, polisin herhangi bir adli görevi yoktur. Polise atfedilen adli yetkiler sınırlıdır ve hukuka uygun olmalıdır. Polis tarafından girişilen bireysel hakları etkileyecek türdeki her türlü tasarruf, karar veya ihmalin adli makamlarca denetlenmesi her zaman mümkün olmalıdır.

9. Polis ve savcılık makamı arasında işlevsel ve uygun iş birliği olmalıdır. Polisin, savcının veya tetkik hâkiminin denetiminde olduğu ülkelerde, polis suçun soruşturulmasına ilişkin politikaya ve bireysel davalarda cezai soruşturmanın işleyişine yönelik öncelikler konusunda net talimatlar alır. Polis, talimatların uygulanması konusunda üst düzey cezai soruşturma makamlarını bilgilendirmeli ve özellikle, bireysel davaların seyri konusunda düzenli raporlar sunmalıdır.

10. Polis, ceza hukuku sürecindeki savunma avukatlarının rolüne saygı gösterir ve mümkün olduğunda, özellikle özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin geçerli hukuki yardıma erişim haklarından faydalanmalarına yardımcı olur.

11. Polis, acil durumlar haricinde, cezaevi personelinin rolünü üstlenmez.

4.3.4. Polisin teşkilat yapısı

a. Genel

12. Polis, profesyonel hukuk savunucusu ve kamu hizmet sağlayıcısı olarak, kamunun saygısını kazanacak şekilde teşkilatlanır.

13. Sivil toplumda polis, görevlerini yerine getirirken, mülki amirlere bağlıdır.

14. Polis ve üniformalı personeli, genellikle kolaylıkla fark edilebilir.

15. Polis, tek sorumlu olması gereken belirli görevleri yerine getirirken diğer devlet organlarından yeterli ölçüde bağımsız şekilde çalışır.

16. Polis personeli, kendi eylemleri veya ihmallerinden veya astlarına verdikleri emirlerden tüm seviyelerde şahsen sorumludur.

17. Polis teşkilatı, polis içinde net bir emir komuta zinciri sağlar. Polis personelinin tasarruf veya ihmallerinden son olarak hangi amirin sorumlu olduğunun belirlenmesi her zaman mümkün olmalıdır.

18. Polis, iyi polis/ kamu ilişkileri ve gerektiğinde, diğer kurumlar, yerel topluluklar, sivil toplum örgütleri ve etnik azınlık grupları da dâhil olmak üzere diğer kamu temsilcileriyle etkin iş birliği geliştirecek şekilde teşkilatlanır.

19. Polis teşkilatları, gizli bilgiyi açıklamamak suretiyle, faaliyetleri konusunda kamuya nesnel bilgi sağlamaya hazırdır. Basınla kurulan ilişkiler bakımından mesleki kurallar belirlenir.

20. Polis teşkilatı, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen bireylerin temel hak ve özgürlüklerine saygının temin edilmesi başta olmak üzere, polis personelinin dürüstlüğünü ve görevlerini uygun şekilde yerine getirmesini sağlamaya yönelik etkin tedbirlere sahiptir.

21. Polis teşkilatının tüm seviyelerinde, polis yolsuzluğunun önlenmesi ve engellenmesine yönelik etkin tedbirler oluşturulur.

b. Polis personelinin nitelikleri, işe alımları ve görevde kalmalarının sağlanması

22. Polis personeli, işe alımın her aşamasında, polisin hedeflerine uygun olacak şekilde, kişisel nitelikleri ve deneyimleri temelinde istihdam edilir.

23. Polis personeli, sağlam muhakeme, açık tutum, olgunluk, doğruluk, iletişim becerileri ve gerektiğinde liderlik ve yönetim becerilerine sahip olmalıdır. Ayrıca polis; sosyal, kültürel ve toplumla ilgili konulara hâkim olmalıdır.

24. Ağır suçlardan hüküm giyen kişiler, polislikten atılır.

25. İşe alım usulleri, adaylarla ilgili gerekli incelemelerin ardından, nesnel ve ayrımcı olmayan temellerde gerçekleştirilir. Ayrıca, işe alım politikası, polis personelinin hizmet ettiği toplumu yansıtması yönündeki temel hedef ışığında, etnik azınlık grupları da dâhil olmak üzere, toplumun farklı kesimlerinden erkek ve kadınların istihdam edilmelerini amaçlar.

c. Polis personelinin eğitilmesi

26. Demokrasinin temel değerlerine, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarının korunmasına dayanan polis eğitimi, polisin hedeflerine uygun olarak hazırlanır.

27. Genel polis eğitimi, mümkün olduğu ölçüde topluma yönelik olmalıdır.

28. Genel başlangıç eğitimini tercihen, düzenli aralıklarla verilen hizmet içi eğitim ile gerektiğinde uzmanlık, yönetim ve liderlik eğitimi takip etmelidir.

29. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve içtihadında yerleşik olan insan hakları ilkeleri bakımından güç kullanımı ve sınırlar hakkında uygulama eğitimi, polis eğitiminin her seviyesine dâhil edilmelidir.

30. Polis eğitimi, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele etme ihtiyacını dikkate alır.

d. Polis personelinin hakları

31. Polis personeli, kural olarak, diğer vatandaşlarla aynı sivil ve siyasi haklara sahiptir. Bu haklar, sadece demokratik bir toplumda polis görevlerinin uygulanması bakımından gerekli olması hâlinde, hukuka uygun olarak ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca sınırlandırılabilir.

32. Polis personeli, kamu görevlileri olarak, sosyal ve ekonomik haklardan mümkün olan en geniş şekilde yararlanırlar. Özelikle personel, meslek kuruluşları kurma ve bunlara katılma, uygun ücret temini ve sosyal güvenceye erişim ile polis mesleğinin özel yapısı dikkate alınarak özel sağlık ve güvenlik tedbirlerinden yararlanma hakkına sahiptir.

33. Disiplin cezası ile karşı karşıya kalan polis personeli, bağımsız bir organ veya mahkeme tarafından incelemeye tabi olur.

34. Kamu makamları, görevleri bakımından asılsız suçlamalara maruz kalan polis personelini destekler.

4.3.5. Polis eylemi/müdahalesine ilişkin temel kurallar

a. Polis eylemi/müdahalesine ilişkin temel kurallar: genel ilkeler

35. Polis ve polis işlemlerinin tamamı, kişinin yaşam hakkına saygı göstermelidir.

36. Polis, hiçbir koşulda, herhangi bir işkence, gayriinsani veya onur kırıcı muamele veya cezayı uygulayamaz, teşvik edemez veya hoş göremez.

37. Polis, sadece mutlak surette gerekli olması ve meşru bir hedefin gerçekleştirilmesi için gerekli olduğu ölçüde güç kullanabilir.

38. Polis, bilerek gerçekleştirdiği eylemlerinin hukuka uygunluğundan her zaman emin olmalıdır.

39. Polis personeli, üstleri tarafından usulüne uygun olarak verilen emirleri yerine getirir fakat açık şekilde yasa dışı olan emirleri yerine getirmekten sakınmak ve herhangi bir yaptırım korkusu olmaksızın bu emirlerin bildirilmesi polis personelinin görevidir.

40. Polis, görevlerini adil bir şekilde ve özellikle tarafsızlık ve ayrımcılık yapmama ilkeleri doğrultusunda yerine getirir.

41. Polis, sadece mutlak surette gerekli olması hâlinde ve meşru bir hedefin gerçekleştirilmesi amacıyla bireyin özel hayatının gizliliğine müdahale edebilir.

42. Polis tarafından kişisel verilerin toplanması, saklanması ve kullanılması, verilerin korunmasına ilişkin uluslararası ilkeler uyarınca gerçekleştirilir ve özellikle hukuki, meşru ve belirli amaçların gerçekleştirilmesi bakımından gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılır.

43. Polis, görevlerini yerine getirirken; düşünce, vicdan, din, ifade, barışçıl toplanma, dolaşım ve mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma özgürlüğü gibi temel hakları her zaman göz önünde bulundurur.

44. Polis personeli, özellikle korunmaya muhtaç gruplara ait olan bireylerin durumunu dikkate almak suretiyle, dürüstlük ilkesi çerçevesinde hareket eder ve kamuya saygı gösterir.

45. Polis personeli, müdahale sırasında, genel olarak statülerini ve mesleki kimliklerini kanıtlayabilmelidir.

46. Polis personeli, polis içerisindeki tüm yolsuzluk türlerine karşı çıkar. Polis personeli, polis içerisindeki yolsuzluklar konusunda üstlerini ve diğer uygun organları bilgilendirirler.

b. Polis eylemi/müdahalesine ilişkin temel kurallar: özel durumlar

aa. Polis Soruşturması:

47. Polis soruşturmaları, asgari olarak, fiilî veya olası bir suç veya cürüme ilişkin makul bir şüpheye dayandırılır.

48. Polis, ceza gerektiren bir suçla itham edilen herhangi bir kişinin, mahkeme tarafından suçlu bulunana dek masum olduğunu ve bu suçla itham edilen herkesin, kendisine yöneltilen suçlama konusunda derhâl bilgilendirilme ve şahsen veya kendi seçtiği bir adli yardım aracılığıyla savunmasını hazırlama başta olmak üzere birtakım haklara sahip olduğu şeklindeki ilkelere uygun hareket etmelidir.

49. Polis soruşturmaları nesnel ve adil bir şekilde gerçekleştirilir. Söz konusu soruşturmalar, çocuk, genç, kadın, etnik azınlıklar ve korunmaya muhtaç kişiler dâhil olmak üzere azınlıklar gibi kişilerin özel ihtiyaçlarıyla uyumludur ve bu ihtiyaçlara karşı duyarlıdır.

50. 48. madde göz önünde bulundurulduğunda, polisin uygun şekilde davranması ve dürüst olmasına ilişkin temel kurallar belirlenir. Bu kurallar özellikle sorgulanan kişilerin gerekli diğer bilgilerin yanı sıra niçin sorgulandıkları konusunda bilgilendirildikleri şeffaf bir sorgulama gerektirir. Polis sorgulamaları sistematik olarak kaydedilir.

51. Polis, tanıkların özel ihtiyaçlarını dikkate alır ve özellikle tanıkların tehdit

edilmeleri hâlinde, soruşturma esnasında korunmaları ve desteklenmelerine ilişkin kuralları esas alır.

52. Polis, ayrım gözetmeksizin, suç mağdurlarına gerekli desteği, yardımı ve bilgiyi temin eder.

53. Polis, polis soruşturması sırasında gerekli olması hâlinde sözlü/yazılı çeviri hizmeti sağlar.

bb. Polis tarafından tutuklanma/özgürlükten mahrum bırakılma:

54. Kişiler, mümkün olduğu ölçüde özgürlüklerinden mahrum bırakılmaz ve özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları durumunda da tutuklunun onuruna, korunmasızlığına ve kişisel ihtiyaçlarına uygun hareket edilir. Her tutuklu için sistematik olarak gözaltı raporu hazırlanır.

55. İç hukuk uyarınca mümkün olduğu oranda, polis, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişileri bu mahrumiyetin gerekçeleri ve kendilerine yöneltilen suçlar konusunda acilen bilgilendirir ve özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişileri, davalarında uygulanacak usul konusunda da gecikmeksizin bilgilendirir.

56. Polis, gözaltında tutulan kişilerin güvenlik, sağlık, hijyen ve uygun şekilde beslenmelerine ilişkin gerekli koşulları sağlar. Polis hücreleri, makul büyüklükte, yeterli aydınlatma ve havalandırma ile uygun dinlenme araçlarına sahip olacak şekilde olmalıdır.

57. Polis tarafından özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişiler, seçtikleri üçüncü bir kişiyi özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları konusunda bilgilendirme, adli yardıma erişim ve mümkünse kendi seçtikleri bir doktor tarafından sağlık muayenesi edilme haklarına sahiptir.

58. Polis, mümkün olduğu oranda, ceza gerektiren bir suç işlediği şüphesiyle özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişileri, diğer nedenlerle özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerden ayırır. Genellikle, yetişkinlerle çocuk tutuklular arasında olduğu gibi erkekler ile kadınlar arasında da bir ayrım yapılmalıdır.

4.3.6. Hesap Verebilirlik ve Polis Kontrolü

59. Polis, devlete, vatandaşlara ve temsilcilerine karşı sorumludur. Polis personeli, etkin bir dış kontrole tabidir.

60. Polisin devlet tarafından kontrolü; yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında paylaştırılır.

61. Kamu makamları, polisle ilgili şikâyetlerde etkin ve tarafsız usuller temin eder.

62. Halk ve polis arasında, iletişime ve karşılıklı anlayışa dayanan hesap verebilirlik mekanizmaları geliştirilir.

63. Bu tavsiye kararında yer alan ilkeler temelinde üye devletlerde, polis etik

kuralları oluşturulur ve bu kurallar uygun organlar tarafından denetlenir.

4.3.7. Araştırma ve Uluslararası İş Birliği

64. Üye devletler, polis ve dış kurumlar tarafından polisle ilgili araştırma yapılmasını teşvik eder ve destekler.

65. Polis etik kuralları ve polisin insan hakları veçheleri konusunda uluslararası iş birliği desteklenir.

66. Bu tavsiye kararının ilkeleri ile bunların uygulanmasının geliştirilmesine yönelik araçlar Avrupa Konseyi tarafından dikkatle incelenir.

4.4. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezai Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü ile İlgili Üye Devletlere Sunduğu Tavsiye Kararı Rec(2000)19

(6 Ekim 2000 tarihinde düzenlenen Bakan Yardımcılarının 724. toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.)

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 15.b maddesi hükmü uyarınca,

Avrupa Konseyinin amacının, üyeler arasında daha sıkı bir birliğe ulaşmak olduğunu dikkate alarak;

Bütün gerçek demokrasilerin temelini oluşturan hukuk devletini desteklemenin de Avrupa Konseyinin amaçları arasında olduğunu akılda bulundurarak;

Ceza adalet sisteminin, hukuk devletinin korunmasında kilit bir rol oynadığını göz önünde bulundurarak;

Hem ulusal hem de uluslararası düzeyde suça karşı mücadelenin artırılmasının, bütün üye devletlerin ortak ihtiyacı olduğunun bilincinde olarak;

Bu amaca yönelik olarak, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'de koruma altına alınan ilkeleri gözeterek, sadece ulusal ceza adalet sistemlerinin değil; aynı zamanda cezai konularla ilgili uluslararası iş birliğinin etkinliğinin de geliştirilmesi gerektiğini düşünerek;

Savcılığın cezai konularla ilgili olarak uluslararası iş birliğinde olduğu kadar ceza adalet sisteminde de kilit bir rol oynadığının bilincinde olarak;

Bu hedefe yönelik olarak, üye devletlerde savcılara yönelik ortak ilkelerin tanımlanmasının teşvik edilmesi gerektiğine inanarak;

Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen cezai konulara dair metinlerde yer alan bütün ilkeleri ve kuralları göz önünde bulundurarak;

Üye devletler hükûmetlerine savcılığın ceza adalet sistemi içindeki rolü ile ilgili mevzuat ve uygulamalarını aşağıdaki ilkelere dayandırmalarını tavsiye eder:

Savcının işlevleri

1. "Savcılar" toplum adına ve kamu yararına, birey haklarını ve ceza adalet sisteminin gerekli etkinliğini göz önünde bulundurarak, yasa ihlallerinin cezai bir yaptırım gerektirdiği durumlarda yasaların uygulanmasını teminat altına alan resmî mercilerdir.

2. Her ceza adaleti sisteminde, savcılar,

- Soruşturmanın başlatılıp başlatılmayacağına veya devam ettirilip ettirilmeyeceğine karar verirler;
- Kamu davasını açarlar;
- Mahkeme kararlarının tümüne veya bazılarına karşı yasa yoluna başvurabilirler.

3. Bazı ceza adalet sistemlerinde savcılar aynı zamanda,

- Uygun olan yerlerde bölgesel ve yerel koşullara uyarlayarak ulusal ceza politikasını uygularlar;
- Soruşturmaları yürütürler, yönetirler veya denetlerler;
- Mağdurlara etkili bir şekilde yardım edildiğini teminat altına alırlar;
- Kovuşturma alternatiflerine karar verirler;
- Mahkeme kararlarının yürütülmesini denetlerler, vb.

İşlevlerini yerine getirmeleri için savcılara sağlanan teminatlar

4. Devletler, savcıların yeterli yasal ve kurumsal şartlar altında ve özellikle bütçe anlamında yeterli imkânlara sahip olarak mesleki görevlerini ve sorumluluklarını yerine getirebilmelerini teminat altına alabilmek adına etkin tedbirler almalıdırlar. Bu şartlar savcıların temsilcileri ile yakın iş birliği içerisinde tesis edilmelidir.

5. Devletler,

a. Savcıların mesleğe alımı, terfi ve tayinlerinin; belirli grupların çıkarlarını kayıran herhangi bir yaklaşımı bertaraf eden ve cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer görüş, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, mülkiyet, doğum yeri veya benzeri başka durumlara dayalı olanlar başta olmak üzere her türlü ayrımcılığı dışlayan adil ve tarafsız usullerle yapılmasını;

b. Savcıların kariyer, terfi ve tayinlerinin yetkinlik ve deneyim gibi açık ve nesnel kriterlere göre düzenlenmesini;

c. Savcı tayinlerinin hizmet ihtiyaçları doğrultusunda yapılmasını;

d. Savcıların, üstlendikleri önemli göreve uygun bir şekilde ücret, özlük hakları ve emeklilik ücreti gibi makul hizmet koşulları ve uygun bir emeklilik yaşına sahip olmalarını ve bu koşulların yasayla düzenlenmesini;

e. Savcılara karşı yürütülen disiplin işlemlerinin yasayla düzenlenerek, değerlendirme ve kararın adil ve objektif olması ve verilen kararın bağımsız ve tarafsız bir incelemeye tabi tutulmasının teminat altına alınmasını;

f. Savcıların, yasal statülerinin etkilenmesi hâlinde, uygun olduğunda mahkemeye başvurmak da dâhil olmak üzere, tatmin edici bir şikâyet usulüne erişebilmelerini;

g. Savcıların, görevlerini ifa etmeleri nedeniyle kişisel güvenliklerinin tehdit edilmesi durumunda ilgili merciler tarafından aileleri ile birlikte fiziksel olarak korunmalarını sağlayacak tedbirleri almalıdırlar.

6. Devletler; savcıların ifade, inanç, dernek kurma ve örgütlenme hususlarında etkin haklara sahip olmalarını sağlamak üzere tedbirler almalıdır. Özellikle, hususi bir sıfata sahip olarak; hukuk, adaletin idaresi ve insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasıyla ilgili konularda kamusal alandaki tartışmalara katılma ve yerel, ulusal veya uluslararası örgütler kurma veya kurulu olanlara üye olma ve bunların toplantılarına katılma hakkına sahip olmalı ve bu davranışları hukuka uygun olduğu sürece mesleki bir dezavantaj oluşturmamalıdırlar. Sayılan haklar yalnızca yasayla ve yasada öngörüldüğü ölçüde ve savcılık kurumunun kuruluş amaçlarına uygunluğunun sağlanması amacıyla sınırlanabilir. Sayılan hakların ihlali hâlinde başvurulacak etkin bir hukuk yolu mevcut olmalıdır.

7. Daimî atanmalarından önce, meslek öncesi ve meslek içi eğitim, savcılar için hem bir hak hem de bir görevdir. Bu sebeple, atanmalarından önce ve sonra, savcıların uygun eğitim ve öğretim aldıklarını temin etmek üzere devletler etkili tedbirler almalıdırlar. Özellikle, savcılar aşağıdaki hususlar hakkında bilgilendirilmiş olmalıdır:

a. Görevlerine ilişkin ilke ve mesleki ahlak kuralları;
b. Şüphelilerin, mağdurların ve tanıkların anayasal ve yasal korunmaları;
c. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'de düzenlenmiş insan hak ve temel özgürlükleri ve özellikle Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerinde düzenlenen hakları;
d. Adli çerçevede çalışma yönetimi, idaresi ve insan kaynakları ilke ve uygulamaları;
e. Faaliyetlerinin tutarlılığına katkıda bulunan düzen ve unsurlar.

Devletler, bunlara ek olarak, uluslararası cezai yardımlaşma konusunda olduğu kadar, özellikle suçluluğun yapısını ve gelişimini dikkate alarak, günümüz koşulları ışığında, belirli konu veya alanlarda ek eğitimin sağlanması hususunda etkili tedbirler almalıdırlar.

8. Suçluluğun gelişen biçimlerini daha iyi karşılamak amacıyla, özellikle organize suç konusunda, savcıların, eğitim ve kariyer anlamında olduğu kadar teşkilatlanma anlamında da uzmanlaşmaları bir öncelik olarak görülmelidir. Disiplinler arası ekipler de dâhil olmak üzere, işlevlerinin yerine getirilmesinde savcılara yardım etmek üzere oluşturulan uzman ekiplere başvurma yolları da geliştirilmelidir.

9. Savcılığın teşkilatlanması, dâhili işleyişi ve özellikle iş dağılımı, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri gözetilerek ve mesleki yeterlilik ile uzmanlık seviyeleri temel alınarak -ceza adalet sisteminin en iyi şekilde işlemesi doğrultusunda- en üst seviyede kurulmalı ve yürütülmelidir.

10. Bütün savcılar kendilerine yöneltilen talimatların yazılı olarak verilmesini talep etme hakkına sahiptirler. Savcı, verilen bir talimatın hukuka aykırı olduğuna veya kendi vicdanına uymadığına karar verirse; onun yerine başkasının görevlendirilmesini sağlayabilecek uygun bir dâhilî prosedür mevcut olmalıdır.

Savcılar ve yürütme ile yasama erkleri arasındaki ilişkiler

11. Devletler; savcıların haksız müdahaleye maruz kalmadan veya kendilerine sebepsiz olarak hukuki, cezai veya başka türlü mesuliyet atfedilmeden mesleki

görevlerini ifa edebilmelerini sağlamak üzere gerekli tedbirleri almalıdır. Ancak savcılık, düzenli ve kamuya açık bir şekilde faaliyetlerinin tamamı ve özellikle önceliklerinin yerine getirilme şekliyle ilgili olarak hesap vermelidir.

12. Savcılar yasama ve yürütme erklerine ait yetkilere müdahale etmemelidir.

13. Savcılığın, hükûmetin bir parçası veya hükûmete bağlı olduğu ülkelerde, devletler,

a. Hükûmetin, savcılığa karşı olan yetkilerinin niteliğinin ve kapsamının yasa tarafından belirlenmesini;

b. Hükûmetin yetkilerinin saydam bir şekilde ve uluslararası anlaşmalara, ulusal mevzuat ve hukukun genel ilkelerine uygun olarak kullanılmasını;

c. Hükûmetin genel nitelikte talimatlar vermesi durumunda, bu tür talimatların yazılı olmasını ve uygun bir şekilde yayımlanmasını;

d. Hükûmetin, belirli bir olayın soruşturulması için talimat verme yetkisi olduğu durumlarda, bu tür talimatların saydam ve hakkaniyete uygun bir şekilde ve ulusal mevzuata uygun olarak verilmesini ve hükûmetin aşağıdaki örneklerde olduğu gibi,

- Yetkili savcıdan veya savcılık görevini ifa eden kurumdan yazılı ön görüş istenmesini;
- Özellikle savcının görüşlerinden ayrıldığı durumlarda, yazılı talimatlarını uygun bir şekilde açıklama ve hiyerarşik kanallar vasıtasıyla iletilmesini;
- Talimatın, duruşmadan önce dava dosyasına konularak tarafların bilgisine ve yorumuna sunulmasını sağlama yükümlülüğü altında olmasını;

e. Savcıların, aldığı talimatları yansıtan yazılı belge verme yükümlülüğü altında olduğu durumlarda dahi, uygun gördükleri yasal savları mahkemeye sunma konusunda özgür olmalarını;

f. Belli bir olaya ilişkin kovuşturmama talimatları ilke olarak yasaklanmalıdır. Böyle bir yasağın söz konusu olmadığı durumlarda, bu talimatların çok istisnai kalması ve sadece d ve e bentlerinde belirtilen gerekliliklere değil; aynı zamanda özellikle saydamlığı sağlamaya uygun özel bir denetime tabi tutulmasını sağlayacak etkili tedbirleri alırlar.

14. Savcılığın, hükûmetten bağımsız olduğu ülkelerde, devlet söz konusu bağımsızlığın nitelik ve kapsamının yasa tarafından belirlenmiş olmasını sağlamalıdır.

15. Suç politikasının adil ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak için, savcılar yasalara uygun olması kaydıyla kamu kurum ve kuruluşlarıyla iş birliği yapmalıdırlar.

16. Savcılar başta yolsuzluk, yetkinin hukuka aykırı kullanımı, ağır insan hakları ihlalleri ve uluslararası hukukta suç kabul edilen davranışlar olmak üzere, kamu görevlilerince işlenen suçlarla ilgili olarak; her hâlükârda, herhangi bir engel olmadan kovuşturma yapabilecek durumda olmalıdırlar.

Savcılar ve kürsü hâkimleri arasındaki ilişkiler

17. Devletler, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda herhangi bir

meşru şüphenin oluşmasını engelleyecek şekilde, savcıların özlük hakları, yetkileri ve muhakemedeki işlevlerinin yasa tarafından düzenlenmiş olmasını sağlayacak uygun tedbirleri alırlar. Devletler özellikle, bir kişinin aynı anda hem savcılık hem de hâkimlik görevlerini ifa etmemesini sağlamalıdırlar.

18. Ancak, hukuk sisteminin izin vermesi durumunda devletler, aynı kişinin sırasıyla savcılık ve hâkimlik veya hâkimlik ve savcılık görevlerini ifa edebilmesini olanaklı kılan önlemler almalıdırlar. Görevlerdeki bu tür değişiklikler ancak ilgilinin açık talebi üzerine ve teminatlara uyulması kaydıyla mümkündür.

19. Savcılar, hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına kesinlikle saygı göstermelidirler; özellikle, yasa yoluna başvurma haklarını kullandıkları veya benzer nitelikteki prosedürlere başvurdukları durumlar hariç olmak üzere, savcılar mahkeme kararlarına şüphe düşürmemeli veya bu kararların infazını engellememelidirler.

20. Savcılar, muhakeme işlemleri esnasında nesnel ve tarafsız olmalıdırlar. Özellikle, adaletin doğru işleyişi için gerekli ilgili tüm maddi ve hukuki olguların mahkemeye sunulmuş olmasını sağlamalıdırlar.

Savcılar ve kolluk arasındaki ilişki

21. Savcılar, genel olarak, en geç soruşturmanın başlatılması ve devam ettirilmesine ilişkin kararı verdiklerinde, kolluğun araştırmalarının hukuka uy¬gunluğunu denetlemelidirler. Bu bağlamda, savcılar kolluk tarafından in¬san haklarına uyulup uyulmadığını da izlemelidir.

22. Kolluğun, savcılığın emri altında yer aldığı veya kolluk araştırmalarının savcı tarafından yürütüldüğü veya denetlendiği ülkelerde; devlet, savcının,

a. Ceza politikası önceliklerinin etkili bir şekilde uygulanması açısından ve özellikle hangi dava kategorilerinin öncelikle ele alınması gerektiği, delil aramak için kullanılacak imkânlar, kullanılacak personel, araştırmaların süresi, savcılığa verilecek bilgiler vs. gibi hususların kararlaştırılmasında kolluğa uygun talimatlar verebilmesini;
b. Farklı kolluk birimlerinin mevcut olduğu durumlarda, dosyayı tetkiki en uygun görünen birime tevzi edebilmesini;
c. Verdiği talimatlara ve hukuka uygunluğu denetlemek üzere gerekli değerlendirme ve kontrolleri yapabilmesini;
d. Olası ihlalleri gerektiğinde cezalandırabilmesini veya cezalandırılmasını sağlayabilmesini teminat altına almak üzere etkili tedbirler almalıdır.

23. Polisin, savcılıktan bağımsız olduğu ülkelerde; devletler, savcılık ve polis arasında uygun ve işlevsel bir iş birliğinin olmasını sağlayacak etkili tedbirler almalıdır. Savcıların bireylere karşı görevleri

24. Savcılar görevlerini ifa ederken, özellikle,

a. Adil, tarafsız ve objektif bir şekilde işlevlerini yerine getirmelidir;
b. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile teminat altına alınan insan haklarına uymalı ve bunların korunmasını sağlamalıdır;
c. Ceza adalet sisteminin mümkün olduğunca hızlı bir şekilde işlemesine katkı sağlamalıdır.

25. Savcılar; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer fikirler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, mülkiyet, doğum, sağlık, özür veya başkaca durumlar gibi herhangi bir sebepten kaynaklanan ayrımcılıktan kaçınmalıdır.

26. Savcılar kanunlar önünde eşitliği sağlamalı, şüphelinin durumunu etkileyen gerek lehine gerek aleyhine olan tüm ilgili hususları araştırmalıdır.

27. Savcılar, tarafsız bir araştırmanın, suç isnadının mesnetsiz olduğunu gösterdiği durumlarda soruşturmayı başlatmamalı veya devam ettirmemelidir.

28. Savcılar, yasaya aykırı yöntemlerle elde edildiğini bildikleri veya buna makul nedenlerle inandıkları delilleri şüpheliye karşı kullanmamalıdır. Herhangi bir şüphe durumunda, savcılar delillerin kabul edilebilirliği hususunun mahkeme tarafından karara bağlanmasını talep etmelidir.

29. Yasada aksinin belirtildiği durumlar saklı kalmak kaydı ile savcılar sahip oldukları ve işlemlerin adilliğini etkileyebilecek her türlü bilgiyi diğer taraflara sunarak, silahların eşitliği ilkesini gözetmelidir.

30. Yasa ve adalet gereği ifşası zorunlu olan hâller dışında, savcılar, üçüncü şahıslardan elde ettikleri gizli bilgileri, özellikle masumiyet karinesinin tehlikede olduğu durumlarda, gizli tutmalıdır.

31. Savcıların, şüphelinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil edecek tedbirleri almaya yetkili olduğu durumlarda, bu tür tedbirler üzerinde adli denetim mümkün olmalıdır.

32. Savcılar, şahitlerin çıkarlarını uygun bir şekilde göz önünde bulundurmalı, özellikle hayatlarını, güvenliklerini ve özel hayatlarını korumak için tedbirler almalı veya alınmasını sağlamalı yahut alındıklarından emin olmalıdırlar.

33. Savcılar, mağdurların kişisel çıkarlarının etkilendiği durumlarda, onların fikir ve endişelerini uygun bir şekilde göz önünde bulundurmalı ve mağdurların, hem hakları hem de muhakemenin gelişimi hususunda bilgilendirilmelerini sağlayacak tedbirleri almalı veya alınmasını teşvik etmelidir.

34. Davayla ilgisi olduğu tespit veya kabul edilmiş kişiler ve özellikle mağdurlar, savcının kovuşturmama kararına karşı itirazda bulunabilmelidir. Söz konusu itiraz, gerektiğinde hiyerarşik denetim yoluna gidildikten sonra, ya yargısal denetim ya da şahsi dava şeklinde yapılabilir.

35. Devletler, savcıların, görevlerini ifa ederken "davranış kuralları" ile bağlı olmalarını sağlamalıdırlar. Bu tür kuralların ihlali yukarıda 5. maddeye uyumlu bir şekilde uygun yaptırımlara yol açabilir. Savcıların performansı düzenli olarak dâhilî incelemeye tabi olmalıdır.

36.

a. Savcılık faaliyetlerinin adil, tutarlı ve etkin olmasını sağlamak üzere, devletler,

- Etkisiz veya engelleyici bürokratik yapılanmaya mahal vermeden,

hiyerarşik bir teşkilatlanmaya öncelik verilmesini;
- Ceza politikasının uygulanmasına ilişkin genel esasların tanımlanmasını;
- Karar alınmasını önlemek amacıyla bireysel davalarda referans alınması gereken genel ilke ve kıstasların tanımlanmasını, sağlamalıdır.

b. Yukarıda belirtilen teşkilatlanma, esas, ilke ve kıstaslar parlamento veya hükûmet tarafından veya savcılığın bağımsız olduğu ülkelerde savcılık temsilcileri tarafından belirlenir.

c. Yukarıda belirtilen organizasyon, esas, ilkeler ve kıstaslar konusunda kamuoyu bilgilendirilmeli; bu bilgiler talep eden herkese iletilmelidir.

Uluslararası iş birliği

37. Uluslararası adli iş birliği ile ilgili konularda görevli olan diğer organlardan ayrı olarak, varsa uluslararası anlaşmalar kapsamında yoksa elverişli düzenlemelere dayalı olarak farklı ülkelerin savcıları arasında doğrudan temaslar ilerletilmelidir.

38. Uluslararası adli iş birliği kapsamında savcılar arasındaki doğrudan temasları geliştirmek için birçok alanda adımlar atılmalıdır. Bu adımlar, özellikle,

a. Belge yayılması;

b. Farklı soruşturma makamlarındaki ilgili kişilerin irtibat bilgileri, uzmanlık ve sorumluluk alanları ve benzeri bilgileri içeren bir irtibat ve adres listesinin derlenmesi;

c. Özellikle başsavcılar arasında düzenli toplantılar düzenlenerek, farklı ülkelerin savcıları arasında düzenli ve kişisel irtibat kurulması;

d. Eğitim ve bilinçlendirme toplantılarının düzenlenmesi;

e. Yurt dışında görev yapan irtibat hâkimi müessesesinin kurulup geliştirilmesi;

f. Yabancı dil eğitimi verilmesi;

g. Elektronik veri iletiminin kullanımının geliştirilmesi;

h. Karşılıklı yardım ve ortak ceza konularıyla ilgili sorular üzerine diğer devletler ile çalışma seminerlerinin organize edilmesi, şeklinde olmalıdır.

39. Akılcılığı pekiştirmek ve karşılıklı yardımlaşma usullerinin eş güdümünü gerçekleştirmek amacıyla,

a. Savcılar arası uluslararası iş birliğine aktif katılım ihtiyacı bilincini;

b. Uluslararası iş birliği alanında bazı savcıların uzmanlaşmasını;

Bu amaca yönelik olarak, devletler; uluslararasrası iş birliğinden sorumlu savcının, adli yardımlaşma talebini, talebi yerine getirme yetkisine sahip makama doğrudan iletebilmesi ve söz konusu makamların toplanan delilleri, talepte bulunmuş savcıya doğrudan gönderebilmesini sağlamak için çaba sarf etmelidir.

4.5. Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı

(Temsilci Bakanların, 25 Ekim 2000 tarihli 727. toplantısında, Bakanlar Komitesi tarafından benimsenen; Üye Ülkeler Bakanlar Komitesinin, Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına ilişkin Rec(2000)21 tavsiye kararıdır.)

Bakanlar Komitesi; Avrupa Konseyi Statüsü'nün 15.b maddesi gereğince,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerini, 1990 Aralık tarihinde kabul edilmiş, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Temel İlkelerini, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yargıçların bağımsızlığı, etkinliği ve işlevlerine ilişkin 13 Ekim 1994, R(94)12 sayılı tavsiye kararını dikkate alarak;

Avukatların ve oluşturdukları meslek kuruluşlarının, aynı zamanda, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasındaki ana işlevlerinin altını çizerek;

Avukatların özellikle kişisel özgürlüklerin savunulması durumunda, hukuk devletinin güçlenmesi için, mesleki özgürlüklerini geliştirmek arzusuyla;

Avukatları, kim tarafından ve hangi gerekçeyle olursa olsun, doğrudan veya dolaylı biçimde, etki, kışkırtma, baskı, tehdit veya yersiz müdahalelere muhatap etmeyecek, meslek bağımsızlıklarını kabul edilemez kısıtlamalar olmaksızın altına alacak hakça bir yargılama sisteminin gerekliliğinin bilinciyle;

Avukatlık meslek sorumluluklarının eksiksizce yerine getirilmesinin göz ardı edilmemesi dileği ve özellikle, avukatların, bir yandan müvekkillerine diğer yandan mahkemelere karşı yüklendikleri ödevler arasında tam bir denge kurabilecek yeterli donanıma sahip olmaları gereğinin ayırdında olarak;

Adalete ulaşmanın, ekonomik bakımdan güçsüz kişilerin de avukatlık hizmetlerinden yararlanmasını gerektirebileceği dikkate alınarak;

Üye ülkeler hükûmetlerine, bu tavsiye kararında yer alan ilkelerden zorunlu bulduklarını hayata geçirecek bütün önlemleri almalarını veya duruma göre geliştirmelerini tavsiye eder.

Bu tavsiye kararında yer alan "avukat" sözcüğünden; mahkeme önünde savunmaya, müvekkilleri adına hareket etmeye, yasayı uygulamaya, dava açmaya veya danışmaya, müvekkillerini temsile ulusal hukuka uygun olarak yetkili kılınmış ve bu sıfatı taşıyan kişi anlaşılacaktır.

Avukatlık Mesleğinin Özgürce Uygulanmasına İlişkin Genel İlkeler

1. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin açık hükümleri ışığı altında, gerek devlet erki gerekse kamu tarafından ayrımcılığa ve haksız müdahalelere yer vermeksizin, avukatlık meslek özgürlüğünün hayata geçirilmesi, korunması ve saygı gösterilmesine yönelik zorunlu bütün önlemlerin alınmış olması gereklidir.

2. Avukatlık mesleğine giriş ve mesleğin sürdürülmesine ilişkin kararlar bağımsız bir merci tarafından alınmış olsun veya olmasın bu mercinin kararları tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde itiraza konu olabilmelidir.

3. Avukatlar; düşünce, ifade, seyahat ve yerleşme, örgütlenme ve toplantı özgürlüğüne sahip olmalıdır; ayrıca avukatlar özellikle, yargısal reformlar önerme, adalet yönetimi ve yasalara ilişkin sorunlarda kamusal tartışmalara katılma hakkına sahip olmalıdır.

4. Avukatlar, meslek ahlak ilkeleri, sınırları içerisindeki eylemlerinden ötürü hiçbir türden baskı ceza veya tehdidine muhatap edilmemelidir.

5. Avukatların, meslek ahlaklarına uygun biçimde temsil edebilmeleri, özel olarak görüşüp tavsiyelerde bulunabilmeleri için, özellikle özgürlükleri kısıtlanmış müvekkillerine ulaşma yolları açık olmalıdır.

6. Avukatlar ve müvekkilleri arasındaki meslek sırlarına saygının gözetilmesi için her türlü önlem alınmış olmalıdır. Bu ilkeye getirilecek istisnalar ancak hukuk devleti ile bağdaşabilir ölçüde geçerlidir.

7. Avukatların meslek ahlakları çerçevesindeki girişimlerde, müvekkillerinin haklarını ve çıkarlarını savunurken, bütün aleni dosyalara ulaşmaları sağlanmış, mahkemeler önüne çıkmaları karşısındaki bütün engeller kaldırılmış olmalıdır.

8. Aynı davaya katılan her avukat mahkemeden eşit saygı görmelidir.

Hukuk Öğrenimi, Avukatlık Mesleğine Giriş ve Mesleki Gelişme

1. Hukuk öğrenimi, avukatlık mesleğine kabul ve mesleğin icrası; hiç kimse için, cinsiyet veya cinsiyet tercihi, erk, renk, din, siyasal düşünce ve her türden etnik veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, itibar, doğum yahut bedensel yetersizlik gerekçeleriyle reddedilmiş olmamalıdır.

2. Hukuk donanımı ve düzeyli bir ahlakın, mesleğe giriş ve mesleki gelişmede ön şart olduğunu belirleyen gerekli tüm düzenlemeler yapılmış olmalıdır.

Avukatların Konumu ve Ödevleri

1. Barolar veya diğer avukat meslek kuruluşları; ahlak kurallarını ve mesleğin uygulama ilkelerini belirlemiş ve avukatların müvekkillerinin meşru çıkarlarını tam bir bağımsızlık, özen ve dürüstlük içinde savunduklarını izlemek amacıyla düzenlemeler yapmış olmalıdır.

2. Avukatlar meslek ahlak ilkelerine, iç mevzuata, ilgili diğer düzenlemelere uygun biçimde meslek sırlarına saygı göstermekte olmalıdır. Müvekkilinin kabulü olmayan her türlü sır tutma ihlali, belirlenmiş bir cezaya konu olmalıdır.

3. Avukatların müvekkillerine karşı ödevleri aşağıda sayılanlardır:

a. Yükleneceği masraflar da belirtilerek müvekkili, olayla ilgili yasal hak ve yükümlülükleri ve davasının olası sonuçları konusunda bilgilendirerek yol göstermek
b. Çekişmeli konuları her şeyden önce dostane çözümlere yöneltmeye gayret etmek
c. Müvekkillerin hak ve çıkarlarına zarar vermemek, korumak ve hayata geçirmek
d. Çıkar çatışmalarını önceden bildirmek
e. Sürdürdüğü iş hacmini aşacak boyutta iş kabul etmemek
f. Avukatlar mahkeme önünde yargı erkine saygılı, meslek ahlak ilkelerinin çerçevesi içerisinde, ilgili düzenlemeler ve diğer ulusal kurallara uygun davranmalıdır. Avukatların mesleklerini herhangi bir nedenle icra etmemeleri veya edememeleri,

müvekkillerinin veya hizmetlerine ihtiyacı olan diğer kişilerin çıkarlarına zarar vermemelidir.

Kişilerin Avukata Başvurabilmesi

1. Bağımsız avukatlar tarafından sunulan hukuki hizmetlerden her kişinin sorunsuz biçimde yararlanmasını gözeten bütün önlemler alınmış olmalıdır.

2. Avukatlar ekonomik gücü yetersiz kişilere de hukuki hizmet sunmaları konusunda yüreklendirilmelidir.

3. Üye ülkeler hükûmetleri, başta özgürlüğü kısıtlanmış kişiler olmak üzere, ekonomik gücü yetersiz kişilerin de gerektiğinde yargılama süresince somut olarak katılabilmelerini, yargı hizmetlerinin bu kişilere açık tutulmasını sağlamış olmalıdır.

4. Avukatlar, müvekkillerine karşı ödevlerini yerine getirirken, müvekkillerinin kısmen veya tamamen kamu yardımlarından yararlanmakta olup olmadıklarının etkisinde kalmamalıdır.

Kuruluşlar

1. Avukatlar meslek ahlakını geliştirmek, bağımsızlık ve çıkarlarını koruma amaçlı; bölgesel, ulusal ve uluslararası derneklerin birine veya birçoğuna üye olmakta serbest olmalı ve bu talepleri yüreklendirilmelidir.

2. Barolar ve diğer meslek kuruluşları, devlet erki ve kamu karşısında özerk ve bağımsız kılınmış olmalıdır.

3. Baroların ve diğer meslek kuruluşlarının, üyelerini, her türlü kısıtlama ve haksız müdahaleye karşı koruma girişimleri saygıyla karşılanmalıdır.

4. Barolar ve diğer meslek kuruluşları, avukatların bağımsızlığını sağlama amacıyla özellikle şu konularda yüreklendirilmelidir:

a. Adaletin gereklerini hiçbir kaygı duymaksızın savunabilmeleri ve yerine getirebilmeleri
b. Avukatların toplumsal konumlarının, onur, saygınlık ve dürüstlüklerin titizlikle izlenip gözetilmesi
c. Avukatların özellikle ekonomik gücü yetersiz kişiler için adli yardım ve hukuki danışma sistemlerine katılma yollarının kolaylaştırılması
d. Hukuk reformları, mevcut yasalar veya tasarı hâlindeki girişimlere desteklerin teşvik edilmesi
e. Koşulların gerektirdiği zamanlarda meslektaşlarına ve ailelerine yönelik sosyal yardımlaşma ve korumaların desteklenmesi
f. Diğer ülke avukatları ile avukatlık konumunun güçlendirilmesi amacına yönelik, uluslararası meslek kurullarında, gerek hükûmetler arası gerekse hükûmetler dışı örgütlenmelerde iş birliğine özendirilmesi
g. Avukatlar için olabilecek en yüksek düzeyde yetkinlik, disiplin ve meslek ahlakını amaçlayan girişimler sağlanması
h. Barolar ve diğer meslek kuruluşları, avukatların hak ve çıkarlarını korumak üzere, devlet organlarıyla karşı karşıya kalmaları dâhil, aşağıdaki durumlar için gerekli

önlemleri almış olmalıdır:

aa. Bir avukatın tutuklanması veya gözaltına alınması

bb. Bir avukatın dürüstlüğüne kuşku düşürecek bir süreci başlatabilecek her türlü karar

cc. Bir avukatın üstünün, mal veya varlıklarının aranması

dd. Avukatın elinde bulundurduğu her türlü eşya veya evraka el konması

ee. Avukatların tepkisini çekecek medya yayınları

Disiplin Önlemleri

1. Avukatların gerek yasayla gerekse barolar veya diğer meslek kuruluşlarının ahlak ilkeleri arasında yer alan kurallara saygı göstermemeleri durumunda disiplin kovuşturması dâhil özel önlemlerin alınması uygun olacaktır.

2. Barolar veya diğer meslek kuruluşları, avukatlara uyguladıkları disiplin önlemlerinden sorumludur, aksi durumda avukatın davranışına katılmış sayılırlar.

3. Disiplin cezası uygulama yöntemleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilke ve kurallarına tam bir uyum içerisinde sürdürülmeli ve aynı zamanda avukatın sürece katılmasını ve yargı önünde itiraz hakkını içermelidir.

4. Avukatlarca işlenen disiplin suçlarının cezalarında oranlılık ilkesi gözetilmiş olmalıdır.

5 ADİL YARGILANMA HAKKI: SORUŞTURMA EVRESİ

Ders Planı: Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi
Tavsiye Edilen Okuma Listesi
Soruşturma Evresinde Hakkaniyete Uygun Muhakeme Edilme Hakkı
1. Konunun Kapsamı ve Kavram
2. Genel Olarak Hakkaniyete Uygun Muhakeme Edilme Hakkı ve Soruşturma Evresiyle İlişkisi
3. Hakkındaki Davanın Hakkaniyete Uygun Olarak Görülmesi Hakkı ve Soruşturma Evresi
4. Silahların Eşitliği İlkesi ve Soruşturma Evresi
5. Delil Yasakları ve Soruşturma Evresi
6. Kendini Suçlayıcı Beyanda Bulunmaya Zorlanamama Hakkı ve Soruşturma Evresi
7. Duruşmanın Halka Açıklığı Kuralı ve Soruşturma Evresi
8. Makul Sürede Yargılanma Hakkı ve Soruşturma Evresi
9. Yasayla Kurulan, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı ve Soruşturma Evresi
10. Masumiyet Karinesi ve Soruşturma Evresi
11. Haklarından Haberdar Edilme
12. Şüphelinin/Sanığın Kendisine Yönelik Suçlamanın Niteliği ve Nedeninden En Kısa Sürede, Anladığı Bir Dilde ve Ayrıntılı Olarak Haberdar Edilme Hakkı (AİHS m. 6/3-a)
13. Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (AİHS m. 6/3-b)
14. Şüphelinin/Sanığın Kendisini Bizzat veya Seçeceği Bir Müdafi Yardımıyla Savunma ve İcabında Resen Atanacak Bir Avukatın Yardımından Ücretsiz Olarak Yararlanma Hakkı (AİHS m. 6/3-c)
15. İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Savunma Tanıklarının da Aynı Koşullar Altında Davet Edilmelerini ve Dinlenmelerini İsteme Hakkı (AİHS m. 6/3-d)
16. Ücretsiz Olarak Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı (AİHS m. 6/3-e)
Kaynaklar

Ders Planı - Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi

Ders 1

Kullanılacak araçlar:

- MS Ofis yüklü bilgisayar
- İnternet erişimi
- Projektör ve ekran
- Eğitici ve katılımcılar için eğitim içerik materyali
- Tahta ve kalem (vb.)
- Eğitici ve katılımcılar için Türk mevzuatına ilişkin temel metinler (Ceza Muhakemesi Kanunu, Anayasa, Türk Ceza Kanunu vb.)
- Eğitici ve katılımcılar için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metni
- Katılımcılar için not tutma gereçleri (bilgisayar, kalem kâğıt vb.)
- Power Point sunusu
- Konu anlatımı metinleri
- İlgili ders gereçleri (kitap, not, karar vb.)

Dersin amacı:

Dersin sonunda katılımcılar;

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde açıkça sayılan ve bu madde kapsamında içtihat yoluyla kabul edilen hakları hatırlar.
- AİHS m. 6'nın soruşturma aşaması bakımından ne ölçüde uygulanacağını öğrenir.
- M. 6 kapsamındaki hakların sahibini öğrenir.
- M. 6 anlamında bir kişinin ne zaman itham edilmiş sayılacağını kavrar.
- Hakkındaki davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesi hakkını soruşturma aşaması bakımından kavrar.
- Silahların eşitliği ilkesini soruşturma aşaması bakımından değerlendirir.
- Delil yasakları konusunun soruşturma evresi bakımından önemini kavrar.
- Kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkını soruşturma evresine uygular.

Kullanılacak yöntem:

- Konu anlatımı (konuların ilgili AİHM ve yerel mahkeme kararlarıyla ve soruşturma işlemleri/eylemleriyle desteklenerek anlatılması)
- Meselelerin tespiti ve çözüm önerileri [katılımcıların iştirakiyle, uygulamada karşılaşılan veya karşılaşılma ihtimali olan meseleler (hatalı olarak değerlendirilen veya değerlendirilmeyen uygulamalar ve düzenlemeler dâhil) gündeme getirilerek bunlar hakkında çözüm önerilerinin belirlenmesi ve önerilen çözümlerin kısa başlıklar hâlinde yazıya dökülmesi]

Dersin işleniş şekli:

- AİHS'nin 6. maddesi, sunu üzerinden gösterilerek okunur.
- 6. maddede açıkça yer verilen ve maddeden içtihat yoluyla çıkarılan haklar, sunu üzerinden gösterilerek sayılır; ilerleyen zamanda üzerinde durulacak olan bu hakların soruşturma evresiyle ilgisine kısaca işaret edilir.
- 6. madde haklarının genel özellikleri üzerinde durulur. Bu kapsamda, 6. maddede açıkça sayılan haklardan birisi ihlal edilmiş olmasa bile hakkaniyete uygun muhakeme edilme hakkının ihlal edilmiş olmasının imkân dâhilinde olduğu; belirtilen hakkın soruşturma evresi için de geçerli olduğu; hakkın

sahibinin şüpheli/sanık olduğu (mağdur, tanık, katılan, bilirkişi olmadığı); diğer taraftan mağdurun haklarının muhakkak adil muhakemeyle ilgili olduğu ve özellikle çocuk mağdurlar üzerinde önemle durulması gerektiği; özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi sebebiyle bu kişilerin de haktan yararlanıp yararlanmayacağı; kişinin ne zaman itham edilmiş sayılacağı konuları üzerinde durulur.

- Hakkındaki davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesi hakkının anlam ve kapsamı ortaya koyulur; görülmekte olan davayı ve yürütülmekte olan soruşturmayı etkileyecek davranışlardan sakınılması ve soruşturmanın gizliliğini ihlal konuları üzerinde durulur. Silahların eşitliği ilkesinin anlam ve kapsamı ve bu ilkeyle ilişkilendirilerek soruşturma evresinde dosya inceleme imkânı üzerinde durulur.
- "Delil yasakları"nın anlam ve kapsamı üzerinde ve bu konuyla ilişkilendirilerek istinabe yoluyla alınan tanık ifadesine mahkemede sadece itiraz etme imkânının tanınması, ajan provokatörlük ve gizli soruşturmacı konuları üzerinde durulur.
- Kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmama hakkının anlamı ve kapsamı; belirtilen hakkın susma hakkı, masumiyet karinesi ve yasak delillerle bağlantısı; susma hakkının kullanılmasından aleyhte çıkarım yapılmaması; işkence yasağı (delil yasakları ile ilgili); ifade almanın ve sorgunun hakkaniyete uygun olarak gerçekleştirilmesi; kolluğun yakalanan kişiye haklarını bildirmesi, güvenilir kişi yardımı; katlanma yükümlülüğü konuları üzerinde durulur.
- Örnek kararlar incelenir.

Ders 2

Kullanılacak araçlar:

- Power Point sunusu
- Konu anlatımı metinleri
- İlgili ders gereçleri (kitap, not, karar vb.)

Dersin amacı:

Dersin sonunda katılımcılar;

- Duruşmanın halka açıklığı kuralını soruşturma aşamasının özellikleriyle, özellikle soruşturmanın gizliliği ilkesiyle karşılaştırır.
- Makul sürede yargılanma hakkını soruşturma aşamasıyla bağlantılı olarak kavrar.
- Yasayla kurulan tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkını soruşturma aşamasıyla ilişkilendirerek açıklar.
- Masumiyet karinesini soruşturma aşaması ile ilişkili olarak kavrar.
- Haklarından haberdar edilme hakkı konusundaki bilgileri hatırlar.
- Şüphelinin/sanığın kendisine yönelik suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkının (AİHS m. 6/3-a) önemini kavrar.

Kullanılacak yöntem:

- Oyun canlandırması
- Konu anlatımı (konuların ilgili AİHM ve yerel mahkeme kararlarıyla ve uygulamadaki soruşturma işlemleri/eylemleriyle desteklenerek anlatılması)
- Meselelerin tespiti ve çözüm önerileri [öğrencilerin katılımıyla uygulamada karşılaşılan veya karşılaşma ihtimali olan meselelerin (hata olduğu

düşünülenler dâhil) gündeme getirilmesi, bunlar hakkında çözüm önerilerinin belirlenmesi ve önerilen çözümlerin kısa başlıklar hâlinde yazıya dökülmesi]

Dersin işleniş şekli:

- Katılımcılar tarafından aşağıdaki oyun genişletilerek, uygulamadaki ve mevzuattaki sorunların yansıtıldığı bir oyun canlandırılır.

Olay 1:
İlgili kavramlar: masumiyet karinesi ve soruşturma aşaması

Öğleden sonra (A)'nın ifadesini alan polis memuru (F) çay molası verdiği sırada, sürekli karakola uğrayarak haber toplamaya çalışan yerel gazete (X)'in genç ve sevimli muhabiri (G) kapıda belirir.

(G): *Merhabalar, afiyet olsun (F) abi!*
(F): O*o kardeş gel beraber olsun!* (Hemen telefona sarılır ve (G)'ye demli bir çay söyler.)
(G): *Abi ya sağ olasın, ben de pastaneden bir şeyler almıştım, yeriz.*
(F): *Zahmet etmişsin yine kerata!* (Rahatlamış bir şekilde güler.)
(G): *Eee abi ne var ne yok, sağlığın sıhhatin nasıl, işler nasıl, bize haber çıkar mı bugün, ne dersin?* (Sevimli sevimli gülümser.)
(F): *Yaa sorma bugün bir vaka geldi, birazdan sevk edeceğiz kendilerini. İfadede kem küm etti ama kaç yıllık polisiz, gözümüzden kaçar mı, saklamaya çalışıyor ama yemezler!*
(G): *Abi senden kaçar mı ya! Anlat bana da biz de ekmek paramızı kazanalım.*
(F): *Ya olaylar şöyle başlamış...*
(F)'nin anlatımı ve yorumu temel alınarak hazırlanan haber, (X) gazetesinin üçüncü sayfasında yayımlanır.

- Duruşmanın halka açıklığı kuralı ile ilgili olarak soruşturma aşamasının arz ettiği özellikler ele alınır; bu bağlamda özellikle duruşmanın aleniyeti karşısında soruşturmanın gizliliği -özellikle amaçları- ele alınır ve iki ilkenin de adil yargılamaya hizmet ettiği vurgulanır; Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "gizliliğin ihlali" (m. 285) ve "ses veya görüntülerin kayda alınması" (m. 286) üzerinde durulur.
- Makul sürede yargılanma hakkının anlamı, kapsamı ve amacı; makul süre değerlendirmesinde ölçütler; ceza davalarında sürenin ne zaman başlayıp ne zaman biteceği ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali hâlinde ilgililerin sorumluluğu konuları üzerinde durulur. Yargıtayın konuyla ilgili kararı (Y13.CD, 30.11.2011-17629/6976) konu ekli ders materyalinden okunur.
- Yasayla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı üzerinde durulur; bağımsızlık ve tarafsızlık açısından savcılık ile mahkeme mukayese edilir; hâkimlik ve savcılık teminatı ile soruşturma aşamasında görev yapmış olan hâkimin kovuşturma aşamasında görev yap(ama)ması konuları üzerinde durulur.
- Masumiyet karinesinin anlamı, kapsamı, "suçlu sayılamama" ile farkı, lekelenmeme hakkı ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs ile ilişkisi üzerinde durulur; ceza muhakemesinde ispat yükünün kimin üzerinde olduğu, şüpheden sanığın yararlanması ilkesi, şüphelinin/sanığın susmasından sonuç çıkarma(ma), tutuklama ceza tayininde ve kusur takdirinde failin geçmiş yaşamına dayanılması, yapılan açıklamalar ve ifade biçimleri (iddianame,

suçlunun iadesi kararı vs.) ve medyanın konumu masumiyet karinesiyle ilişkilendirilerek ele alınır.
- Katılımcılar tarafından aşağıdaki oyun genişletilerek, uygulamadaki ve mevzuattaki sorunları içeren bir oyun canlandırılır.

Olay 2:
İlgili kavramlar: şüphelinin/sanığın kendisine yönelik suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkı (AİHS m. 6/3-a), haklarından haberdar edilme, CMK m. 146 (zorla getirme)

(A), sabah saat 7'de acı bir kapı zili sesiyle uyanır. Uykulu gözlerle açtığı kapıda iki polis memuru beklemekte, memurlardan birisinin elinde bir kâğıt gözükmektedir. Olaylar şöyle gelişir:

Polis memuru (B): *Günaydın, elimizde adınıza yazılmış ihzar emri var. Bizimle karakola kadar geliyorsunuz.*
(A): *Anlamadım!* (yüzünde şaşırmış bir ifade, saçlarını karıştırır, gözlerini ovalayarak uykusunu açmaya çalışır)
Polis memuru (C): *Neyini anlamadın hemşehrim, kahvaltını karakolda bizimle yapacaksın!* [(B) ve (C) sinir bozucu şekilde gülerler.]
(A): *Elinizdeki kâğıda bir bakabilir miyim? Ne yapmışım, ne olmuş, anlamadım memur bey!* (Yüz ifadesi hâlâ şaşkın ve biraz da acı doludur.)
(B): *Bakamazsın kardeşim, ya tıpış tıpış gelirsin ya da biz seni götürmesini biliriz!*
[(A)'nın eşi (D) gelir.]
(D): *Canım ne oldu, memur beyler niye gelmiş?*
(A) eşinin yanında olayı uzatmak ve daha fazla küçük düşmek istemez ve kısa sürede hazırlandıktan sonra polis memurlarıyla karakola gider.

- Haklarından haberdar edilme hakkı üzerinde durulur.
- Şüphelinin/sanığın kendisine yönelik suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkının, savunmayı hazırlama hakkı (m. 6/3-b) ile yakın ilgisi ortaya koyulur; belirtilen hakkın soruşturma aşamasındaki gerekleri ve sınırlanma şartları üzerinde durulur; bu hakkın ihtiva ettiği tercüme hakkının kapsamı ele alınır; "kısa sürede" deyiminden ne anlaşılması gerektiği tartışmaya açılır; Türk hukukunda yer alan ve belirtilen hakla ilgili olan düzenlemeler değerlendirilir.
- Örnek kararlar incelenir.

Ders 3

Kullanılacak araçlar:
- Power Point sunusu
- Konu anlatım metinleri
- İlgili ders gereçleri (kitap, not, karar vb.)

Dersin amacı:
Dersin sonunda katılımcılar;
- Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkının (AİHS m. 6/3-b) önemini kavrar.
- Şüphelinin/sanığın kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafi yardımıyla

savunma ve gerektiğinde resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkının (AİHS m. 6/3-c) savunma için önemini kavrar.
- Ücretsiz olarak tercümandan yararlanma hakkının (AİHS m. 6/3-e) savunmaya katkısını kavrar.

Kullanılacak yöntem:
- Oyun canlandırması
- Konu anlatımı (konuların ilgili AİHM ve yerel mahkeme kararlarıyla ve soruşturma işlemleri/eylemleriyle desteklenerek anlatılması)
- Meselelerin tespiti ve çözüm önerileri [öğrencilerin katılımıyla uygulamada karşılaşılan veya karşılaşma ihtimali olan meselelerin (hata olduğu düşünülenler dâhil) gündeme getirilmesi, bunlar hakkında çözüm önerilerinin belirlenmesi ve önerilen çözümlerin kısa başlıklar hâlinde yazıya dökülmesi]

Dersin işleniş şekli:
- Katılımcılar tarafından aşağıdaki oyun genişletilerek, uygulamadaki ve mevzuattaki sorunların yansıtıldığı bir oyun canlandırılır.

Olay 3:
İlgili kavramlar: haklarından haberdar edilme, CMK m. 147, 148 (ifade ve sorgu usulü)

Şüpheli (A), soruşturma işlemlerine ara verildiği sırada hava almak için emniyet müdürlüğünün bahçesine çıkar. Yanına sivil kıyafetli bir polis memuru (E) yaklaşır. Bir sigara paketi çıkarır, bir tane kendisi alır, bir tane de (A)'ya uzatır.

(A): *Yok, sağ olun almayayım.*
(E): *İç hemşerim iç, biz de keyfimizden içmiyoruz herhâlde! Soran yok, bu devirde mal, ırz, namus korumak kolay mı; herkes bulmuş bir yolunu gidiyor. Bankalar soyuluyor, milletin sesi çıkmıyor. Ama hep garibanın önünü kesiyorlar. Allah bilir neden tutuyorlar seni de burada.*
[(A), (E) ile konuşmaya yanaşmaz.]
(A): *Valla ben de anlamadım tam olarak, açık konuşmuyorlar. Bizim şirket işleriyle ilgilenen bir avukat bey var, aradım açmadı, sekreteri, şehir dışında dedi. O gelsin ilgilensin demiştim ama bekleyeceğiz biraz daha, belki öğleden sonra anlatırlar ne olup bittiğini.*
[(E) telefonuyla polis memuru arkadaşını arar ve telefonu (A)'ya uzatır.]
(E): *Abi, benim çalıştığım iş hanında bir avukat abimiz var, istersen sen anlat durumunu, neler olup bittiğini, o yardımcı olur, bekleme boşuna.*

- Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkının (AİHS m. 6/3-b) soruşturma evresi bakımından gerekleri (özellikle bu hak bağlamında "dosya inceleme hakkı" ve müdafi ile iletişim konuları ve tutuklu şüphelilerin durumları) üzerinde durulur.
- Şüphelinin/sanığın kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafi yardımıyla savunma ve gerektiğinde resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz yararlanma hakkının (AİHS m. 6/3-c) çerçevesi çizilir ve bu hak bağlamında Türk hukuku değerlendirilir; AİHM'nin Salduz-Türkiye, Salduz-Türkiye (Büyük Daire) ve Dayanan-Türkiye Kararlarının özeti ders materyalinden okunur.
- İddia tanıklarına soru sorma ve savunma tanıklarının da aynı koşullar altında davet edilmelerini ve dinlenmelerini isteme hakkı (AİHS m. 6/3-d), hakkındaki

davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesi hakkı ve silahların eşitliği ilkesi ile yakın ilgisi vurgulanarak soruşturma aşaması bakımından incelenir.
- Ücretsiz olarak tercüman yardımından yararlanma hakkı (AİHS m. 6/3-e), Türk hukukundaki bu konuyla ilgili düzenlemeler dikkate alınarak soruşturma aşaması bakımından incelenir.
- Örnek kararlar incelenir.

Dersin amacını kısaca tekrarlayın, katılımcılara sormak istedikleri sorular veya paylaşmak istedikleri görüşler olup olmadığını sorup dikkat ve katkılarından dolayı teşekkür edin.

Not: Olaylar, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Arş. Gör. Kübra Kartal (Tunç) tarafından hazırlanmıştır.

Tavsiye Edilen Okuma Listesi

AKIN A. vd., "Ceza Muhakemesinde İfade/Beyan Alma ve Sorgu Teknikleri", *(Adil Yargılanma Hakkı Modülü-Destekleyici Eğitim Materyali),* 2014
CENGİZ Serkan/DEMİRAĞ Fahrettin/ERGÜL Teoman/McBRIDE Jeremy/ TEZCAN Durmuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları,* Türkiye Barolar Birliği-Avrupa Konseyi-Avrupa Birliği, Ankara 2008
CENTEL Nur/ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 10'uncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2013
İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Tıpkı Dördüncü Bası, Beta Basım, İstanbul 2013
LEMONDE Marcel, *İhtiyaç Değerlendirme Raporu ve Eylem İçin Tavsiyeler,* (Avrupa Birliği/Avrupa Konseyi Ortak Programı "Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi"), Aralık 2013
ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/ KIRIT Yasemin F. Saygılar /ÖZAYDIN Özdem /AKCAN Esra Alan /ERDEN Efsen, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi,* Ankara 2013
ŞAHİN Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 4. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara Ağustos 2013
TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı,* Seçkin Yayınevi, Ankara 2011
Vitkauskas Dovydas/Dikov Grigory, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması*, (Çev.: CENGİZ Serkan) Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi, Strazburg 2012
AİHM kararları için:
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#;http://www.yargitay.gov.tr/aihm/select.php

Soruşturma Evresinde Hakkaniyete Uygun Muhakeme Edilme Hakkı

5.1. Konunun Kapsamı ve Kavram

Elinizdeki ders metni, soruşturma evresinde şüphelinin bütün haklarının korunmasını kapsamamaktadır. Bu metinde, hakkaniyete uygun muhakeme edilme hakkı, soruşturma evresi bakımından incelenmiştir. Böylece, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden yararlanma; işkenceye ve onur kırıcı ceza ve muamelelere tabi tutulmama; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakları ilke olarak bu kısmın dışında kaldığı gibi, devletin hak ihlalleri konusunda etkin soruşturma yapma yükümlülüğü de bu metnin kapsamı dışındadır. Yine özel hayatın korunması; inanç ve ifade hürriyetleri de bu kısımda ele alınmamıştır. Koruma tedbirleri, ayrı bir modülün konusudur. İddianameyi ilgilendiren hususlar da elinizdeki modül içinde başka bir metne konu olmuştur.

Eldeki metinde işlenen hak, kovuşturma aşamasıyla sınırlı kalmayıp soruşturma evresini de kapsamakla "yargılanmak"tan ziyade "muhakeme edilme"ye ilişkin bir haktır. Yine, İngilizce karşılıkları düşünüldüğünde, "adil" yerine "hakkaniyete uygun" ifadesinin seçimi daha isabetlidir. Sözleşme metninin 19 Mart 1954 tarihli *Resmî Gazetede* yayımlanan resmî çevirisinde 6'ncı madde içeriğinde kullanılan "hakkaniyete" uygun ifadesi de bizi destekler mahiyettedir.

Böylece, kanaatimizce, "adil yargılanma hakkı"na nispetle "hakkaniyete uygun muhakeme edilme hakkı" kavramı daha isabetli olmakla birlikte, aşağıda bu iki kavram aynı manaya gelecek şekilde kullanılmıştır.

5.2. Genel Olarak Hakkaniyete Uygun Muhakeme Edilme Hakkı ve Soruşturma Evresiyle İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) 6'ncı maddesinde açıkça sayılmış olan haklardan birisi ihlal edilmiş olmasa bile hakkaniyete uygun muhakeme edilme hakkının ihlal edilmiş olması mümkündür.

Bu hak soruşturma evresi için de geçerlidir.

[bk. Salduz-Türkiye (Büyük Daire, 27.11.2008); Kamasinski-Avusturya (19.12.1989). Masumiyet karinesiyle ilgili olarak: Minelli-İsviçre (25.3.1983); Lutz-Almanya (25.8.1987)]

AİHS m. 6 kapsamında açıkça yer verilen veya içtihat yoluyla kabul edilen haklar olarak şunlar zikredilebilir:[1]

- Bir yargı yerine başvurma hakkı (içtihat 6/1) (soruşturma)
- Hakkındaki davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesi hakkı
- Duruşmada hazır bulunma hakkı (içtihat 6/1)
- Duruşmaya etkin olarak katılma hakkı (içtihat 6/1)
- Silahların eşitliği (içtihat 6/1) (soruşturma)
- Çekişmeli yargı hakkı (içtihat 6/1)

1 TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011 (Tezcan vd.), ss. 226-227

- Kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı (içtihat 6/1) (soruşturma)
- Kararların ve hükümlerin gerekçeli olması (içtihat 6/1) (soruşturma)
- Delil yasakları (soruşturma)
- Davanın sonucunu etkilemeye yönelik olarak geçmişe dönük yasa çıkarılmaması
- Davanın gidişatını etkilemeye yönelik medya yayınları (soruşturma)
- Duruşmanın halka açıklığı [açık düzenleme (6/1)]
- Kararın aleni olarak verilmesi [açık düzenleme (6/1)]
- Makul sürede yargılanma hakkı [açık düzenleme (6/1)]
- Yasayla kurulan, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı [açık düzenleme (6/1)]
- Masumiyet karinesi (6/2)
- *Ceza Muhakemesinde Şüpheliye/Sanığa Tanınan Haklar (6/3):*
- Kendisine yönelik suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkı (AİHS m. 6/3-a)
- Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı (AİHS m. 6/3-b)
- Kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafi yardımıyla savunma ve icabında resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı (AİHS m. 6/3-c)
- İddia tanıklarına soru sorma ve savunma tanıklarının da aynı koşullar altında davet edilmelerini ve dinlenmelerini isteme hakkı (AİHS m. 6/3-d)
- Ücretsiz olarak tercüman yardımından yararlanma hakkı (AİHS m. 6/3-e)

Adil yargılanma hakkına, Anayasa'nın (AY) 36'ncı maddesinde yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre AİHS'nin 6'ncı maddesinde korunan hakkın sahibi, şüpheli ve sanıktır; mağdur, tanık, bilirkişi ve katılan değildir. Ancak adil bir muhakemeden söz edebilmek için pek tabii ki mağdur başta olmak üzere tüm insan haklarına riayet edilmiş olması beklenir.[2]

Adil yargılanma hakkı, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 160/2'de, şu ifadeler içerisinde yer bulmuştur: "Cumhuriyet Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür."

Maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun değil, adil bir yargılama ile ortaya çıkarılması gerektiğini ifade eden bu hüküm, savcının, şüphelinin haklarının koruyucusu olduğunu da açıkça belirtmektedir.[3]

Özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi sebebiyle bu kişilerin de haktan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi tartışmalıdır. Kanaatimizce, Sözleşme haklarının "özerk" (otonom) yorumu, bir başka deyişle ulusal mevzuatlara bağlı kalmaksızın yorumu dolayısıyla bu kişilerin de hakkaniyete uygun muhakeme edilme hakkından yararlanabilmeleri mümkündür.

2 Bk. CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10'uncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2013, s.138

3 Bk. ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/KIRIT Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN Özdem/AKCAN Esra Alan/ERDEN Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 6'ncı Bası, Ankara 2013 (Öztürk vd.), s.215

Yukarıda belirtildiği gibi, mağdurun haklarının korunması muhakkak adalete hizmet eder ve adil yargılamanın içindedir; zaten ceza adalet sisteminin bizzat varlık sebebi mağdur haklarıyla ilgilidir. Bu bağlamda, Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığının yürüttüğü Mağdur Hakları Yasası hazırlıklarının başarıyla sonuçlanması temenni edilir.[4]

Mağdur haklarının korunması devletin en başta gelen görevlerinden biridir. Mağdurlar içerisinde çocukların, mağdur çocuklar içerisinde de cinsel istismara uğrayan çocukların yeri son derece hassasiyet taşımaktadır. Cinsel istismar mağduru çocukların ikincil örselenmelerini engellemek amacıyla kurulmuş olan Çocuk İzlem Merkezleri gerçekten örnek kurumlardır. Bu merkezlerin bütün illerimizi kapsayacak şekilde sayılarının en kısa zamanda artırılması temenni edilir. Ancak bu merkezler ile ilgili sorunlar da yok değildir. Örneğin, uygulamada, Çocuk İzlem Merkezine intikal eden vakayla ilgili olarak, çocuğun velisinin karakola yönlendirilmesi yanlış bir tutumdur. Zira zaten, Çocuk İzlem Merkezlerinde sivil kıyafetli polis memuru görev yapmaktadır. İkincisi, Çocuk İzlem Merkezinden sorumlu Cumhuriyet savcısının, başsavcı tarafından görevlendirilmeyerek, konuyla ilgili bir boşluğa sebebiyet verilmesi kabul edilemez.

Adalet mensupları, çocukların cinsel istismarı konusundaki görevlerinin en öncelikli işleri arasında olduğunu unutmamalıdır.

Soruşturma bakımından unutulmamalıdır ki çocuklarla ilgili soruşturma farklılık arz eder ve özel bir hassasiyet gerektirir. Cumhuriyet Savcısı suça sürüklenen çocukla ilgili soruşturmayı bizzat yürütür. Çocukla ilgili soruşturmada çocuğun özellikleri ve yararları dikkate alınmalıdır. Özellikle bu soruşturmalarda görev alan adalet mensuplarının önemli bir kısmının, çocuklarla ilgili yeterli eğitim almamış olduklarını hatırlayarak bu konuda uzman yardımına ve kendi bilgilerini geliştirmeye önem vermeleri beklenir.

AİHS m. 6 kapsamına medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar yanında cezai alanda suç isnadının, ithamının da dâhil olduğu madde metninde ifade edilmiştir. Kişinin ne zaman itham edildiği konusunda, yakalama; suç isnadının bildirilmesi; ilgili kimse tarafından resmî yoldan öğrenilen bir ön soruşturmanın başlatılması gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilmiştir; yakalanmamış ve hakkında suçlamada bulunulmamış ancak kolluk tarafından ifadesi alınmakta olan kişinin durumu da bu kapsamda değerlendirilmelidir.[5]

5.3. Hakkındaki Davanın Hakkaniyete Uygun Olarak Görülmesi Hakkı ve Soruşturma Evresi

Görülmekte olan davayı etkileyecek davranışlardan sakınılmasını amaçlayan kurallar [örneğin, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu (TCK m. 288)] bu hak kapsamındadır.[6]

Kararların gerekçeli olması bu hakkın gerçekleşmesine hizmet eder. "Görülen lüzum üzerine" veya "mevzuatın şu hükmüne göre" gibi ifadeler gerekçe sayılmaya

4 Uygulamada "suçtan zarar gören" kavramının değerlendirilmesi tekrar gözden geçirilmelidir. Örneğin, yanında eşine sövülen bir kimse sövene karşı suç işlediğinde haksız tahrik indiriminden yararlanabilirse, bu, onun suçtan zarar gördüğü anlamına gelir. TCK m. 125'teki ifade de "sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran" şeklindedir.

5 Tezcan vd., s.225

6 Tezcan vd., s.235

yeterli değildir. Yargı kararlarında belirtildiği üzere, gerekçenin tarafları tatmin edici ve denetime olanak sağlayan bir özellik göstermesi gerekir.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal (bk. aşağıda "Duruşmanın Halka Açıklığı Kuralı ve Soruşturma Evresi") de bu kapsamda değerlendirilebilir.

5.4. Silahların Eşitliği İlkesi ve Soruşturma Evresi

Bu hak esas olarak kovuşturma aşaması için geçerlidir ancak niteliğine uyduğu ölçüde soruşturma evresi için de geçerlidir.[7] Soruşturma evresinde gerçekten bir "silah" eşitliğinden söz etmek mümkün değildir. Bu ilke, esas olarak savunma haklarının kısıtlanmaması olarak anlaşılmalıdır.[8] Kaldı ki Cumhuriyet savcısının gerçek manada bir taraf olduğundan söz etmek mümkün değildir.[9]

Böylece, "olması gereken[in] yetkiler arasında eşitlik değil, karşılıklılık bulunması" olduğu belirtilmiştir.[10]

Bu bağlamda, sanık/şüpheli ve müdafi ile hâkim arasındaki mesafe ile savcı ve hâkim arasındaki mesafenin mukayesesinde fayda vardır.[11] Mevcut sistemimiz itibarıyla, yaptıkları işin niteliği birbirinden oldukça farklı olan savcı ve hâkimin aynı eğitim sürecinden geçtikten sonra aynı sınavla staja başlatılmaları; staj süresince hâkim ile savcının eğitiminin gerektiği şekilde ayırt edilmemesi; mesleğe başladıktan sonra aynı yerde görev yapan hâkim ve savcılar arasındaki ilişkiler (gerek duruşma salonunda yan yana oturmak gibi mesai içi, gerekse aynı lojmanda kalmak gibi mesai dışı) bu kapsamda gözden geçirilmelidir. Yine müzakere aşamasında, savcının ortamı terk etmemesinin bu ilkeye aykırı olduğu söylenebilir.

Silahların eşitliği bakımından, diğer alanlarda da ihmal edilen mağdur haklarına dikkat edilmelidir.

Şüpheliye haklarının layıkıyla öğretilmesi, hazır bulunma, soru sorma, karşı görüşünü açıklama hakları da silahların eşitliği kapsamında ele alınabilir.[12]

Silahların eşitliği kapsamında, soruşturma evresinde dosya inceleme imkânı ele alınabilir.[13]

Soruşturma evresinde alınan geniş kapsamlı gizlilik kararıyla müdafilerin dosya içeriğine ulaşmasının imkânsız kılınması, silahların eşitliği bakımından

7 Bk. Tezcan vd., s.235

8 Öztürk vd., s.132

9 İddianamede "davacı" ve "davacı"nın hizasında "K. H." İfadelerine yer vermek üzerinde düşünülmelidir. Yürürlükteki ceza muhakemesinde "davacı" ve "davalı" gibi ifadelerin kullanılması isabetli midir? Kamu hukuku, bir kişi midir ki davacı olabilsin? Unutulmamalıdır ki iddianame hukukçular arasındaki bir yazışmanın ötesinde, hukukçu olmayan sanığa yönelik de bir yazıdır. Günlük hayatta, "K. H."nin, bir komşusunun isminin baş harfine işaret ettiğini zanneden olmuştur.

10 Centel/Zafer, s. 198

11 Centel/Zafer, "sanık kadar savcının da hâkimden uzak tutulması"nın silahların eşitliğinin gereği olduğunu ileri sürerek bu konuya dikkat çekmektedir: s. 198. Kanaatimizce, mesafelerin uzaklığı aynı olması beklenmese bile gözden geçirilmesinde ve mukayesede fayda vardır.

12 Centel/Zafer, s. 200

13 Dosya inceleme hakkıyla ilgili olarak bk., ileride "13. Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (AİHS m. 6/3-b)" başlığı altında yapılan açıklamalar.

tartışmalıdır.[14] Yine, savcılığın, soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceğine ilişkin gerekçeyi göstermeden tutuklu sanığın dosyayı inceleme hakkını engellemesi, AİHM'ye göre AİHS'ye aykırıdır.[15]

Lemonde tarafından Türk ceza adalet sistemi üzerine hazırlanan raporda şu ifadelere yer verilmiştir:

"Yine de silahların eşitliği ile ilgili önemli bir iyileşmenin ifade edilmesi gerekir: Gerçekten de yakın geçmişte savunma makamının savcının mütalaasına erişiminin kısıtlandığı uygulama pek çok AİHM kararında AİHS'nin ihlali olarak değerlendirilmiştir.[16] Bu konu 4. yargı reformu paketinin yürürlüğe girmesiyle çözülmüş durumdadır: 5271 sayılı Kanun'un 270. maddesine eklenen yeni fıkraya göre, tutuklama kararı veya tutukluluğun devam etmesiyle ilgili olarak savcıdan görüş alınması durumunda bu görüşün sanığa veya avukatına bildirilmesi yasal bir yükümlülük hâline gelmiştir."[17]

5.5. Delil Yasakları ve Soruşturma Evresi

Delil yasakları konusunda Sözleşme'de açık bir düzenleme bulunmamaktadır; AİHM, Sözleşme'de düzenlenen bir hakkın ihlali gündeme geldiğinde yasak delil konusunu da değerlendirebilir;

AİHM, muhakemenin bir bütün olarak hakkaniyete uygun yapıldığı kanaatindeyse sadece delilin ulusal hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması nedeniyle Sözleşme bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmamaktadır; bu kapsamda, delilin doğruluğunun sınanmış ve sanığa da bu delile karşı koyma imkânının verilmiş olması hâlinde yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygunluğunun zedelenmemiş olduğuna karar verilebilir.[18]

Diğer yandan Sözleşme haklarının ihlali suretiyle elde edilen delil, yasak delil sayılır [Söylemez-Türkiye (21.9.2006)]. Gäfgen-Almanya (Büyük Daire, 1.6.2010) Kararı'nda AİHM, doğrudan Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesinin sadece bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlali sayıldığı kanaatindedir. Gäfgen Kararı, yasak delillerin uzak etkisi sorunu bakımından da ilgi çekici bir karardır.[19]

İşkence ile ilgili olarak Jalloh-Almanya (11.7.2006) Kararı gözden geçirilebilir. İç hukukta delil yasakları konusuna, CMK m. 148 (ifade); 206/2-a; 217/2; 230/1-b ve 289/1-i'de yer verilmiştir.

Ajan provokatörlük suretiyle elde edilen delile dayalı mahkûmiyetler de AİHM tarafından 6. maddenin ihlali olarak görülmüştür [Edwards ve Lewis-Birleşik Krallık (22.7.2003); Ramanauskas-Litvanya (Büyük Daire, 5.2.2008); Pyrgiotakis-

14 Bk. Tezcan vd., ss.234-235

15 Centel/Zafer, s. 200

16 Örnek için bk. Çatal-Türkiye Davası, No. 26808/08, 17 Nisan 2012. Ayrıca bk. Altınok-Türkiye Davası, No. 31610/08, 29 Kasım 2011

17 LEMONDE Marcel, İhtiyaç Değerlendirme Raporu ve Eylem İçin Tavsiyeler, (Avrupa Birliği/Avrupa Konseyi Ortak Programı "Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi"), Aralık 2013, para. 101

18 Tezcan vd., s.237

19 Tezcan vd., ss.238-239

Yunanistan (21.2.2008)].[20]

İfade almanın ve sorgunun hakkaniyete uygun olarak gerçekleştirilmesi, delil yasakları ile bağlantılıdır.[21]

İfade alma ve sorguda yasak usuller olarak, CMK m. 148/1'de şüphelinin ve sanığın beyanının onun özgür iradesine dayanması gerektiği belirtildikten sonra özgür iradeyi engelleyici nitelikte bedensel veya ruhsal müdahalelere örnek olarak; kötü davranma, işkence, ilaç verme [örn. narkoanaliz (gerçek serumu)], yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma ve bazı araçları kullanma [örn. poligraf (yalan makinesi) ve pallometri] sayılmış; m. 148/2'de de "kanuna aykırı bir yarar vadedilemeyeceği" müstakil olarak yer bulmuştur.

M. 148/3'e göre, yasak usullerle [örn. narkoanaliz (gerçek serumu), poligraf (yalan makinesi)] elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

Şüpheli veya sanığın yasak yöntemlerin uygulanmasına rızası geçersiz olduğu gibi, yasak yöntem neticesinde elde edilen ifadenin değerlendirilmesine ilişkin rızası da geçersizdir.[22]

Hâkim, şüphe hâlinde, ifadenin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olup olmadığını resen araştırmalıdır;

Bu meselenin tespiti, ifadenin maddi delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı ile de ilgilidir; yasak yönteme başvurulduğunun sabit olmaması hâlinde, başvurulduğu tercihine meyletmenin gerekliliği ifade edilmiştir.[23]

İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne göre, işkence neticesinde elde edilen delil ancak işkencecinin işkencesini ispatlamak için kullanılabilir.

5.6. Kendini Suçlayıcı Beyanda Bulunmaya Zorlanamama Hakkı ve Soruşturma Evresi

Bu hak, susma hakkıyla, masumiyet karinesiyle ve yasak deliller konusuyla bağlantılıdır.[24] Müstakil olarak koruma altına alınan işkence yasağı (AY m. 17/3; İHEB m. 5; AİHS m. 3; KSHS m. 7; TCK m. 94-95) ve diğer delil yasakları ile yakından ilgili olan bu hak, bu modülde hakkaniyete uygun muhakeme edilme açısından ele alınacaktır. Bu konuyla ilgili AİHM kararlarına örnek olarak, Allan-Birleşik Krallık (5.11.2002);

20 Tezcan vd., s.239. Bk. ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku (Cilt 1), Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.23

21 Şüphelinin ifadesinin alınması konusunda geniş bilgi için bk. Demirbaş, age.; ŞAHİN Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994; Ayrıca bk.: AKIN A. vd., Ceza Muhakemesinde İfade/Beyan Alma ve Sorgu Teknikleri (Adil Yargılanma Hakkı Modülü-Destekleyici Eğitim Materyali), 2014

22 Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 202

23 Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 202

24 Tezcan vd., ss.240-241

Bykov-Rusya (Büyük Daire, 21.1.2009) ve John Murray-Birleşik Krallık (8.2.2006) gösterilebilir.

AY m. 38/5'e göre, "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz". Yine CMK m. 147/1'de, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamanın kanuni bir hak olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, CMK m. 148/3'te, yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza olsa da delil olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. İfade ve sorguda, susma hakkı en baştan itibaren kullanılabileceği gibi ifade ve sorgu devam ederken de kullanılabilir; hiçbir soruya cevap verilmeyebileceği gibi bazı sorulara cevap vermekten de imtina edilebilir.[25]

İfade ve sorgu sırasında susma hakkının kullanılmasıyla ilgili olarak Şahin şunları kaydetmektedir:

"Görevli, iradesini etkilememek kaydıyla, konuşmak istemediğini açıklayan şüpheli veya sanığa, susmasının sakıncalarını belirtebilir. Özellikle, o ana kadarki araştırma sonuçlarının, delillerin kuvvetinin şüpheli veya sanığın suçu işlediğini ortaya koymaya yeter gibi gözüktüğü durumlarda, şüpheli veya sanığın lehine olabilecek ve sadece kendisinin bildiği noktaların ancak kendisinin bunları söylemesiyle aydınlatılabileceği söylenebilir.

Böyle bir durumda susmanın 'iki yanı da keskin bir kılıç' olduğu gerçeğinin ortaya konması, şüpheli veya sanığın savunması açısından da uygun düşebilir.

Susan şüpheli veya sanıkla şüphe sebepleri üzerinde tartışmak ve aleyhine olan delillerin durumu hakkında bilgi vermek ve bu yolla onun fikrini öğrenmek gerekli olabilir. Konuşmayı tercih eden şüpheli veya sanık da gerçeği söylemesi için uyarılıp, yalan söylemenin yol açabileceği muhtemel sakıncalara karşı dikkati çekilebilir. (...) henüz aleyhinde yeterince delil bulunmayan bir kişiye, onu suçlayabilecek yeterli delile sahip olunduğu izlenimi verilerek, gerçeği söylemesinin bu durumda kendi yararına olacağının açıklanması da hukuka aykırıdır."[26]

Kişi, kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı gibi, susma hakkının kullanılmasından aleyhte çıkarım da yapılamayacaktır.[27]

Ancak, soruşturma evresinde, kolluk ve savcı, susmadan şüphelenerek soruşturmayı genişletebilir.[28] Susma hakkı sadece ifade vermeyi reddetme hakkını değil, kendi aleyhine delil olabilecek belgeleri ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını da içerir.[29] Funkevd-Fransa (25.02.1993) Kararı'nda AİHM, başvurucunun istenen belgeleri teslim etmemesi nedeniyle para cezasına çarptırılmasının, susma ve kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkını ihlal ettiği sonucuna

25 ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ağustos 2013, s. 167

26 Şahin, Ceza Muhakemesi, ss. 166-167.

27 "5271 sayılı CMK'nın 147. maddesi uyarınca susma hakkı bulunan sanığın savunmasının inkâra yönelik bulunduğundan söz ederek yasal olmayan gerekçe ile 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi..." bozmayı gerektirmiştir (Y 5. CD, 17.4.2006-721/3191): Centel/Zafer, s.145, dn. 176; Tezcan vd., ss.240-241; DEMİRBAŞ Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.76

28 Centel/Zafer, s.145

29 Centel/Zafer, s.144

ulaşmıştır.[30] Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesine göre bu hak suçlamayla başlayan bir haktır; böylece vergi mükelleflerinin vergi ile ilgili defter ibraz etme zorunluluğu, susma hakkının ihlali değildir.[31]

Yine, şüphelinin bazı muhakeme işlemlerine katlanma yükümlülüğü vardır; devletin zor kullanarak maddi delil elde etmesi (evrakın ele geçirilmesi; DNA, nefes, kan, üre örneği elde edilmesi) hâlinde bu yasağın ihlalinden söz edilemez.[32]

Konuyla ilgili bir başka mesele, *kendisi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmaya zorlanamama hakkı* bağlamında "akustik teşhis"tir. Belirtilen mesele, PVSK ek m. 6 ve CMK m. 81/1 ile ilişkilendirilerek tartışılabilir. Alman Yüksek Mahkemesi, şüphelinin ifadesinin alınması sırasında cinsel suç mağdurunun bulunduğu yan odanın kapısı açılarak şüphelinin, sesinden teşhis edilmesini bu hakkın ihlali saymıştır.[33]

İfade almanın ve sorgunun hakkaniyete uygun olarak gerçekleştirilmesi, kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı ile bağlantılıdır.[34]

Kolluğun yakalanan kişiye haklarını bildirmesi, kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı ile ilgili olan diğer bir konudur.

Güvenilir kişi yardımı konusunda örnek karar olarak Bykov-Rusya (Büyük Daire Kararı, 21.1.2009) gösterilebilir.

5.7. Duruşmanın Halka Açıklığı Kuralı ve Soruşturma Evresi

Soruşturmanın gizliliği ve duruşmanın aleniyeti ilkelerinin ikisi de adil muhakemeye hizmet eder.

Soruşturmanın gizliliğinin amacı hem şüphelinin lekelenmeme hakkını korumak hem de delillerin muhafazasını temin etmektir. Bu iki amaç birlikte değerlendirilmeli, herhangi birisi göz ardı edilmemelidir.

Soruşturmanın gizliliğinin korunmasıyla ilgili olarak, Türk Ceza Kanunu'nda "Gizliliğin İhlali" (TCK 285) ve "Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması" (TCK 286) suçları düzenlenmiştir.

5.8. Makul Sürede Yargılanma Hakkı ve Soruşturma Evresi

AİHM'ye göre, makul süre, davanın özelliğine ve niteliğine göre en kısa süre olarak kabul edilmelidir; sürenin makul olup olmadığı her olayın somut koşullarına göre belirlenir; mahkemelerdeki iş yükü yoğunluğu yargılamadaki gecikmeyi haklı göstermez; Sözleşmeci Devletler, hukuk sistemlerini makul süreye riayet edilecek şekilde düzenlemelidir.[35]

30 Ayrıca bk. J. B.- İsviçre (3.5.2001) Kararı.

31 AYMK, E. 2004/31, K. 2007/11, T. 31.1.2007, 18.5.2007 tarih ve 26526 No.lu RG (http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2437&content=)

32 Tezcan vd., s.241

33 Bk. Centel/Zafer, ss.145-146

34 Şüphelinin ifadesinin alınması konusunda geniş bilgi için bk. Demirbaş, age.; ŞAHİN Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994; Ayrıca bk.: AKIN A. vd., Ceza Muhakemesinde İfade/Beyan Alma ve Sorgu Teknikleri (Adil Yargılanma Hakkı Modülü-Destekleyici Eğitim Materyali), 2014.

35 Centel/Zafer, s.142

Böylece, amaca ulaşmak için başvurulabilecek araçlardan en az müdahaleci olanın seçilmesi olarak tanımlanabilecek ölçülülük ilkesi burada da dikkate alınmalıdır.

AİHM'ye göre, "makul süre" değerlendirmesinde esas alınacak ölçütler şunlardır (Sekin ve Diğerleri-Türkiye (22.1.2004), para. 35; Kranz-Polonya (17.2.2004), para. 33): 1. Olayın kapsamı ve güçlükleri 2- Yargılamayı yürüten adli ve idari makamların tutumu 3. Başvurucunun tutumu 4. İlgili açısından yargılamanın sona ermesinin önemi.[36]

Ceza davalarında süre, şüphelinin itham edilmesiyle başlar ve hükmün kesinleşmesiyle sona erer.[37] Böylece, ilkenin makul sürede "yargılanma"nın ötesinde makul sürede "muhakeme edilme"ye ilişkin olduğu söylenebilir ve Cumhuriyet savcısının soruşturmayı gereksiz yere uzatması bu ilkenin ihlali anlamına gelir.[38]

Metzger-Almanya (31.5.2001) Kararı'nda, kolluk tarafından yapılan soruşturmanın tamamlanması ile kamu davasının açılması arasında geçen süre "özellikle ağır gecikme" olarak nitelendirilmiştir.[39]

AİHM'nin, Türkiye'ye karşı açılmış olan ve makul sürenin aşılmış olduğuna karar verdiği davalara örnek olarak, Yağcı ve Sargın-Türkiye (8.6.1995) (4 yıl 9 ay yargılama); Mansur-Türkiye (8.6.1995) (7 yıl yargılama); Mitap-Müftüoğlu/Türkiye (25.3.1996) (15 yıl yargılama); Cankoçak-Türkiye (20.2.2001) (toplam 15 yıl 8 ay süren yargılamanın Türkiye'nin kişisel başvuru hakkını kabul tarihi bakımından 7 yıl 6 ayı) gösterilebilir.[40]

Makul sürede yargılanma hakkının ihlali, yarar yoksa bozma nedeni yapılmaz ancak bu hâl, ilgili hâkim hakkında görevi ihmal suçundan hüküm kurulmasına neden olabilir.[41] Aynı şeyi soruşturmayı gereksiz yere uzatan Cumhuriyet savcısı için de söylemek mümkündür.

Yargıtayın soruşturma evresinde makul sürede tüm delillerin toplanmasına ve beraatla sonuçlanacağı değerlendirilen eylemlerin dava konusu yapılmamasına ilişkin kararı[42] vardır:

"Nitelikli hırsızlık suçundan şüpheli Turan hakkında yapılan soruşturma evresi sonucunda Antalya Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 04.11.2009 tarihli ve 2009/50943 soruşturma, 2009/24656 esas, 2009/62 sayılı iddianamenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/3-c maddesi gereğince iadesine dair, (Antalya Çocuk Mahkemesi)'nin 05.11.2009 tarihli ve 2009/2 sayılı kararına yönelik itirazın reddine ilişkin, (Antalya Birinci Ağır Ceza Mahkemesi)'nin 09.11.2009 tarihli

36 Tezcan vd., s.243

37 Tezcan vd., s.243

38 Centel/Zafer, s.141

39 Centel/Zafer, s.141

40 Zikreden: Centel/Zafer, s.142

41 YCGK, 21.2.2006-4-165/31: Centel/Zafer, s.142

42 13.CD,T.30.11.2011,E.2011/17629,K.2011/6976(http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/DokGosterMainServlet?dokumanId=R%2F02r9VUpV%2Br7QLvyVrjYmzI%2BKVr0sNK6Q%2F%2F%2FOIa5pNW4sybe0H6hDB6eF EpAA OQc2p0hWBcXm3g%0ALYNZD5XNBgLMxaJrvYWys9CXhXIyTTOYDutBpkBBePvKH0tkvXQnR%2Bx9Bi9pIY4%3D&aranan=&dokumanTuru=YARGITAYKARARI)

ve 2009/1497 değişik iş sayılı kararına karşı Adalet Bakanlığının 17.01.2010 tarih ve 2009/274/2074 sayılı Kanun yararına bozma isteminde bulunulduğundan bu işe ait dava dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 03.02.2010 tarih ve 2010/19362 sayılı tebliğnamesiyle Dairemize gönderilmekle incelendi.

Mezkur ihbarnamede;

Tüm dosya kapsamına göre, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/3. maddesinde iddianamede nelerin gösterileceği, aynı Kanun'un 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hâllerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, suça konu malların nereden alındığı ve kime ait olduğu hususlarının gösterilmediği, soruşturma aşamasındaki 15.08.2009 tarihli tutanakta şüphelinin söz konusu malları aldığı yeri göstermesine rağmen sahibinin tespit edilemediği cihetle, iddianamenin iadesi kararına yapılan itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince anılan kararın bozulması lüzumunun ihbar olunduğu anlaşılmış olmakla;

gereği görüşülüp düşünüldü:

Yeni Türk ceza adalet sisteminde benimsenen, 'Kişilerin Lekelenmeme Hakkı' ile 'Eksiksiz Soruşturma ve Tek Celsede Duruşma' prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcılarının makul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yani bir nevi filtre görevi yapmaları gerekir.

Bu prensiplerin hayata geçirilebilmesi için mevzuatımızda ilk defa, 5271 sayılı CMK'nın 160/2. maddesi hükmü ile soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcılarına şüphelinin lehine olan delilleri (de) toplama ve şüphelinin haklarını koruma yükümlülüğü getirilmiş, ayrıca; 170 ve 174. madde hükümleri ile de iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmiştir.

Soruşturma evresi uzun sürebilir. Ancak, kovuşturma evresinin yeni bir delil toplanmasına gerek kalmadan ve bir iki celsede bitirilmesi hedeflenmiştir.

5271 sayılı CMK'nın 170. maddesinin 3. fıkrasının c) bendinin açık hükmüne göre, iddianamede gösterilmesi gereken hususlar arasında mağdurun kimliği de sayılmıştır.

Nihayet, 5271 sayılı CMK'nın 174. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi hükmüne göre de 'Suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan bir delil toplanmadan' hazırlanan iddianamenin iade edilmesi gerekir.

Somut olayda Cumhuriyet savcısının, suça konu malın kime ait olduğunu araştırmadan ve bunu nereden, ne şekilde alındığını belirlemeden iddiname düzenlemesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu gerekçeler dikkate alındığında, Antalya Birinci Ağır Ceza Mahkemesince, iddianamenin iadesine ilişkin itirazın reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun görülmekle, kanun yararına bozma isteminin (REDDİNE), müteakip işlemlerin

mahallinde yerine getirilmek üzere dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına (TEVDİİNE), 30.11.2011 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."

5.9. Yasayla Kurulan, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı ve Soruşturma Evresi

Tarafsızlık ve bağımsızlık açısından savcılık ile mahkemenin aynı olmadığı kuşkusuzdur. Nitekim AİHS açısından savcılar bakımından tarafsızlık öngörülmemiştir [Priebke-İtalya, (5.4.2001)].[43]

Hâkimlik ve savcılık teminatı, AY m. 139'da düzenlenmiştir.

Soruşturma evresinde görev yapmış olan hâkimin kovuşturma aşamasında görev yap(ama)ması, CMK m. 23/2; CMK Yürürlük Kanunu m. 11 ve CMK 163'te düzenlenmiştir.

Mevzuatımıza göre, soruşturma evresinde tutuklama kararı veren hâkimin kovuşturma aşamasında aynı işe ilişkin olarak görev yapabilmesinin AİHS m. 6/1'in ihlaline yol açabileceği savunulmuştur.[44]

5.10. Masumiyet Karinesi ve Soruşturma Evresi

Bu ilke, AY m. 38/4'te "suçlu sayılamama", İHEB m. 11/1'de ve AİHS m. 6/2'de "masum sayılma" olarak ifade bulmuştur.[45]

Suçun işlendiğini kanıtlamanın savcılığın işi olması; kişinin suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinin olmaması ve şüpheden sanığın yararlanması ilkesi masumiyet karinesiyle bağlantılıdır.[46]

Şüphelinin/sanığın susmasından onun aleyhine sonuç çıkarmak, masumiyet karinesiyle çelişir.

Masumiyet karinesi, hüküm kesinleşinceye kadar suçlu gibi davranılamamasını ve kişinin lekelenmemesini güvence altına almayı amaçlar; kişi hakkındaki şüphenin ifade edilmesine, şüpheye dayanan soruşturma işlemlerinin yapılmasına veya şüpheyle oranlı tedbirlere başvurulmasına engel değildir.[47]

Böylece, tutuklama kendi başına AİHS m. 6/2'ye aykırılık oluşturmaz; cezanın tayininde ve kusurun takdirinde failin geçmiş yaşamına dayanılması durumunda da ilkeye aykırılıktan söz edilmez.[48]

Yapılan açıklamalar ve ifade biçimleri de masumiyet karinesi kapsamındadır.

43 Tezcan vd., s.249
44 Tezcan vd. s.248
45 "Suçlu sayılamama" ile "masum sayılma" kavramlarının tefriki hakkında bk. Demirbaş, s.85
46 Tezcan vd., s.250
47 Centel/Zafer, ss.148-149
48 Tezcan vd., s.254

AİHM'ye göre, adil yargılama kapsamında m. 6/2, yargı organlarının peşinen sanığı suçlu ilan etmesini yasaklamaktadır [Borovsky-Slovakya (2.6.2009)].[49]

Yargılama makamlarının yaptığı açıklamalar gibi, diğer kamu görevlileri (polis, hükûmet gibi), basın ve diğerlerince yapılan açıklamalar da masumiyet karinesi kapsamındadır.[bk. Sekanina-Avusturya (25.8.1993)].[50]

Konuyla ilgili olarak, polis açıklamaları sebebiyle Türkiye aleyhine verilen Y.B. ve Diğerleri-Türkiye (28.10.2004) ve Türkiye lehine verilen Karakaş ve Yeşilırmak-Türkiye (28.6.2005) Kararları gözden geçirilebilir.[51]

Yetkili makamlar sürmekte olan ceza soruşturmaları ile ilgili olarak -masumiyet karinesine uymak şartıyla- kamuoyunu bilgilendirebilirler [bk. Allenet de Ribemont-Fransa (10.2.1995)].[52]

Allenet de Ribemont Davası'sında, ileriki yıllar için Fransız Polis Bütçesi konusunda yapılan bir basın açıklaması sırasında kullanılan ifadeler, örneğin, İçişleri Bakanınca kullanılan "Bay De Varga-Hirsch'in de yakalanmasıyla şu an itibarıyla işin içindeki herkes yakalanmış durumdadır." ifadesi sebebiyle ihlal kararı verilir. Mahkemenin, bu davayla, masumiyet karinesinin sadece mahkemeler tarafından değil, diğer kamu görevlileri tarafından da ihlal edilebileceğine karar vermiş olması önemlidir.

Suçluların iadesi kapsamında iade kararının kaleme alınış biçimi masumiyet karinesini ihlal edebilir [İsmoilov ve Diğerleri-Rusya (24.4.2008)].[53] Bu bakımdan iddianamelerin üslubunun gözden geçirilmesinde fayda görülmektedir.

Bir diğer mesele, medyanın suçla mücadeledeki rolü, basın özgürlüğü, kamunun bilgilenme hakkı ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs bağlamında masumiyet karinesinin ele alınmasıdır.[54] Medyanın yargıya müdahalesine karşı şu düzenlemelerle güvence getirilmiştir: AY m. 28/5, 138/3, 31/2; TCK m. 285, 286, 288; Basın K. m. 30; Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m. 4/n, 33.[55]

5.11. Haklarından Haberdar Edilme

Şüphelinin haklarının hayata geçirilmesinde hiç şüphesiz, onun, haklarından haberdar edilmesinin payı büyüktür. Belirtmek gerekir ki şüpheliye veya sanığa bir metnin okunmak üzere verilmesi veya bizzat görevli tarafından ona yönelik olarak okunması, haklarından haberdar edilme bakımından yeterli olmayabilir. Haberdar etme, somut durumda fiilen sağlanmış olmalıdır. Böylece, hakların yazılmış olduğu metin bakımından ilave izahat gerekli olabilir.

49 Tezcan vd., s.250

50 Tezcan vd., s.250 ve 252. Pek tabii ki masumiyet karinesini ihlal etmenin yegâne yolu açıklama yapmak değildir; davanın esası hakkında karar verecek hâkimin dışındaki resmî görevlilerin de sanığa suçlu muamelesi yapmaları, AİHS m. 6/2'ye aykırılık teşkil eder: X./Almanya (Komisyon Kararı, 6.10.1982); X./Avusturya (Komisyon Kararı, 6.10.1981): GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.232'ye atıf yapan: Demirbaş, s.86

51 Bk. Tezcan vd., ss.253-254

52 Tezcan vd., s.250

53 Tezcan vd., s.251

54 Tezcan vd., ss.252-253

55 Tezcan vd., s.252

CMK m. 90/4'e göre, "kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhâl bildirir". Yine, CMK m. 147'de şüphelinin ve sanığın ifade ve sorgu bakımından haklarından haberdar edilme hakkı düzenlenmiştir. Şahin'in belirttiği üzere;

"İfade veya sorgunun başında, görevli ile şüpheli veya sanık arasında bir ön görüşme-konuşma yapılabilir. Bunun amacı, ifade veya sorgunun şeklini, sınırlarını belirleyebilmektir. Fakat böyle bir müzakere ancak şüpheli veya sanığa hakları bildirildikten sonra gerçekleşmelidir.".[56]

Yine;

"Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceği, görevli tarafından şüpheli veya sanığa hatırlatılacaktır. Lehine olacak delilleri bildirme imkânının, susma hakkına dair aydınlatmayı takiben şüpheli veya sanığa bildirilmesi uygun olmakla birlikte, ifade veya sorgunun cereyanı esnasında da telafi edilebilir.

Şüpheli veya sanık daha önce ifade vermek istemediğini açıklamış olsa bile, yine de delil toplanmasını talep imkânının bildirilmesi gerekir, zira şüpheli veya sanığın bu imkânı daha sonra da kullanabilmesi mümkündür. Delillerin toplanmasını kabul, şüpheli veya sanığın ifade vermesi gibi bir şarta bağlı kılınamaz ve delil toplanmasını talep doğrudan şüpheli veya sanık tarafından yapılabileceği gibi, müdafi vasıtasıyla da yapılabilir.".[57]

5.12. Şüphelinin/Sanığın Kendisine Yönelik Suçlamanın Niteliği ve Nedeninden En Kısa Sürede, Anladığı Bir Dilde ve Ayrıntılı Olarak Haberdar Edilme Hakkı (AİHS m. 6/3-a)

Bu hak genel olarak savunma hakkıyla, özel olarak da savunmayı hazırlama hakkı (m. 6/3-b) ile yakından ilgilidir.[58]

Bu hak, aleyhte olan delillerin açıklanmasını şart kılar; bu, iddia tanıklarının inandırıcılığına ilişkin bilgileri de içerir; ulusal güvenlik ve tanıkların korunması gibi sebeplerle sınırlandığında etkin bir denetim mekanizması gerekir.[59]

Haberdar edilme, anladığı bir dilde olacağı için, iddianamenin ve tutuklama kararının tercümesi gerekebilir ancak bu hak, sanığa dosyanın bütünüyle tercüme edilmesi hakkını içermez.[60] Kamasinski-Avusturya (19.12.1989) Kararı'nda, sanığın iddialar konusunda daha önce yeterli şekilde aydınlatılmış olması dolayısıyla iddianamenin çevrilmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır; ancak iddianamenin tamamının çevirisi verilmemiş ise yargılamada kullanılan dili anlamayan sanık önemli güçlükle karşı karşıya kalabilir.[61]

56 Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 166
57 Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 167
58 Tezcan vd., s.255
59 Tezcan vd., s.256
60 Tezcan vd., s.256
61 Tezcan vd., s.256

"Kısa sürede" deyiminden ne anlaşıldığı konusunda iki görüş vardır: Birinci görüş, bildirimin yakalama sırasında yapılması gerektiği yönündeyken; ikinci görüş, ceza soruşturması aşamasının başlangıcında bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerektiği yönündedir.[62] Şüphelinin hangi anda bilgilendirileceğine ilişkin olarak Türk hukukundaki düzenlemeler, CMK m. 147/1-b; m. 90/4 ve Yakalama Gözaltı ve İfade Yönetmeliği m. 6/4'te yer almaktadır.[63]

Sanığın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmek için bu hakkı kötüye kullanması durumunda hakka sınırlama getirilebilir.[64]

5.13. Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (AİHS m. 6/3-b)

Silah eşitliği, adil yargılanma hakkı ve savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkından (6/3-b) çıkartılan "dosya inceleme hakkı" bağlamında, özellikle müdafinin atanmış olması hâlinde, yalnızca müdafinin değil bizzat sanığın da dosyadaki bilgilere ulaşması mümkün olmalıdır.[65]

Konuyla ilgili olarak, Foucher-Fransa (18.3.1997) ve Öcalan-Türkiye (12.3.2003) Kararlarına bakılabilir.

Dosya inceleme hakkı, soruşturma amacının veya bir tanığın güvenliğinin tehlikeye düşmesi gerekçesiyle sınırlandırılabilir (bk. Foucher-Fransa).[66]

Bu konu, CMK m. 153 ve m. 157'de ve Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 54'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Suçtan zarar gören ile vekilinin ve şüphelinin dosya inceleme ve örnek alma hakkının müdafininki gibi yasal güvenceye kavuşturulmasında yarar görülmektedir.[67]

CMK'nın 153'üncü maddesine göre dosya içeriğine erişimin "soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği" gerekçesiyle kısıtlanabilmesine temas edilerek, Türk sisteminde, "sınırları belirsiz olan [AİHM içtihadına göre] daha geniş bir anlayış[ın] hâkim" olduğu ileri sürülmüştür.[68] Yine belirtilen sebebin "çok geniş yorumlanmakta ve keyfî uygulamalara yol açmakta" olduğu iddia edilmiştir.[69]

Soruşturma açısından önemli belgelerin dosyaya konulmaması suretiyle incelettirilmeyerek hakkın fiilen sınırlandırılması da AİHS m. 6/3-b kapsamındadır.[70]

62 Tezcan vd., s.257
63 Tezcan vd., s.257
64 Tezcan vd., s.257
65 Tezcan vd., ss.257-258
66 Tezcan vd., s.258
67 Centel/Zafer, s.147
68 Lemonde, İhtiyaç Değerlendirme Raporu ve Eylem İçin Tavsiyeler, para. 97
69 Lemonde, İhtiyaç Değerlendirme Raporu ve Eylem İçin Tavsiyeler, para. 97'de, "Türkiye Barolar Birliğinin Değerlendirmesi" olarak yer bulmuştur.
70 Tezcan vd., s.258

AİHS m. 5/4 uyarınca sanığın tutuklu olduğu durumlarda dosya inceleme hakkına getirilebilecek sınırlamalar farklı bir değerlendirmeyi gerekli kılar.[71] AİHS m. 5/4 ile sağlanan tutukluluk durumunun incelenmesine ilişkin yargılama, adil yargılamanın gereklerine uygun olmalı ve katılanlar arasında silah eşitliği gerçekleşmelidir.[72]

Tutukluluğun hukuka uygunluğunun değerlendirilebilmesi için gerekli bilgilere müdafinin ulaşabilmesi gerekir [Shiskov-Bulgaristan, (9.1.2003) para. 77; Nikolov-Bulgaristan (30.1.2003), para. 97; Mooren-Almanya (13.12.2007)].[73] Yine, Atlan vd.-Birleşik Krallık (19.6.2001) Kararı'nda, "tutukluluk durumunun incelenmesine ilişkin talebin gerekçelendirilmesi bakımından zorunlu ise kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkının bulunması" gerekir.[74]

Jasper-Birleşik Krallık (16.2.2000) Kararı'nda da "özellikle sanığın tutuklu olması hâlinde dava dosyasına sınırlı erişimin istisnai olması gerektiği" vurgulanmıştır (para. 51-52).[75]

Lemonde tarafından Türk ceza adalet sistemi üzerine hazırlanan raporda şu ifadelere yer verilmiştir:

"Bunun yanında, eğer sanık kendisini temsil etmek üzere bir avukat tayin ederse, o avukat yasal statüye kavuşmuş olur. Ancak uzun dönemli uzmanın edindiği bilgiye göre, günlük uygulamada baro tarafından atanmayan ancak yasal statüleri müvekkilleri tarafından sözlü veya yazılı bir formla teyit edilen veya soruşturma makamı önünde daha önceden dava sürecine katılmış olan avukatlardan hâlâ vekaletname istenmektedir. Bu tür durumlarda, dava dosyasıyla ilgili herhangi bir kısıtlama uygulaması yoksa avukatlara sanık avukatı sıfatıyla dava dosyasını inceleme ve belgelerden kopya alma hakkı verilmelidir."[76]

Buna karşılık belirtilen görüşlerle ilgili olarak, aşağıdaki görüşlere de yer verilmiştir:

"Adalet Bakanlığı, HSYK ve Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığının ortak değerlendirmesi:

(...) Dosyalara erişimle ilgili Rapor'un bu bölümünde, soruşturma evresine ilişkin olarak savcının, avukatın vekâletnamesi olup olmadığını sorduğu belirtilerek bu durumun savunma makamı için haksız bir engel teşkil ettiği vurgulanmaktadır. Hukukumuza göre (CMK 153 ve ilgili Yönetmelik maddesi); şüpheli veya müdafi, şikâyetçi, mağdur, suçtan zarar gören veya vekili soruşturma evresinde dosyaları inceleyebilir. Soruşturma evrakından suret alabilir. Bunun için talep eden avukatın baro tarafından görevlendirilmiş ise müdafi veya vekil olduğuna ilişkin belgeyi ibraz etmesi veya ilgilinin avukatının kendisinin müdafi veya vekili olduğu belirtmesi

71 Zikreden: Tezcan vd., ss.258-259
72 Tezcan vd., s.259
73 Tezcan vd., s.259
74 Centel/Zafer, s. 200
75 Lemonde, para. 96
76 Lemonde, para. 100

gerekir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun "Soruşturma aşamasında avukatların dosya içeriğini incelemesi" konulu 09.12.2013 tarihli ve 87742275-659-0289-2012/658/57864 sayılı yazısı ile avukatların kendilerine müracaat eden şüpheli, mağdur, şikâyetçi ve suçtan zarar görenin müdafi veya vekilliklerini alabilmeleri ile onlarla vekâlet ilişkisi kurabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanabilmesi bakımından Cumhuriyet başsavcılıklarının izlemesi ve uyması gereken kurallar belirlenmiş ve bir görüş olarak teşkilata duyurulmuştur. (Bkz; http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Duyurular/sorusturma-asamasinda-avukat-dosya-incl.pdf)

Türkiye Barolar Birliğinin değerlendirmesi:

(...) "Dava dosyasına erişim" konusuna ilişkin tespitler, Türk ceza adalet sisteminin ve özellikle savunma makamının başlıca sorunlarından biridir. Uygulamada Cumhuriyet savcısının yürüttüğü soruşturmaya ilişkin dosyanın avukat tarafından ediniminin güçleştirilmesi, başta silahların eşitliği olmak üzere savunma hakkı ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırıdır."[77]

Uygulamada, şüphelinin, dosyasının ilgili avukat tarafından incelemesine rızasını gösteren bir beyanının varlığı hâlinde vekâletnamesi olmayan avukata dosyaya erişim imkânının sağlanması isabetlidir.

Ancak bu beyanın alınmasının kolaylaştırılması gerekir. Böyle bir beyanın aranması, dosyaya kötü niyetli erişimin önünde bir engeldir.

CMK m. 153 (müdafinin dosya inceleme hakkı) ve TMK m. 10 birlikte değerlendirildiğinde, hâkimin müdafiye soruşturma dosyasının tamamı bakımından inceleme kısıtlaması getirmesi durumunda silahların eşitliği prensibinin zarar görmesi muhtemeldir.[78]

Yakalama Yön. m. 22'de yer alan ve kollukta yer alan soruşturma dosyasının müdafi tarafından incelenmesini C. savcısının yazılı emrine bağlayan hüküm, CMK m. 153/3'te belirtilen istisnalar bakımından da böyle bir emir aranmış olduğu gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edilmiştir.[79]

Müdafi ile iletişim, savunma hazırlamak için yeterli olanağa sahip olmanın gerektirdiği bir hususdur (bk. CMK m. 154).[80]

Kendi lehine olan delillerin toplanmasını isteme hakkı (CMK m. 147/1-f) da bu hak içerisinde incelenebilir.[81] Çelişmeli muhakeme hakkı ise esas olarak duruşma hazırlığı aşamasında başlar (CMK m. 177/3, 179).[82]

CMK'nın ifade ve sorguda uyulacak hususlara yer verilen 147'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, şüphelinin veya sanığın, şüpheden kurtulması için somut delillerin

77 Lemonde, para. 100
78 Tezcan vd. ss.259-260. Krş.: Demirbaş, s 81
79 Dan. 10. D., 22.5.2008: Tezcan vd., ss.264-265, dn. 68
80 Tezcan vd., s.261
81 Centel/Zafer, s.147
82 Centel/Zafer, s.148

toplanmasını isteyebileceğinin hatırlatılacağı ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağının tanınacağı ifade edilmiştir (bent f). Ancak, Şahin'in belirttiği üzere;

"Delil toplanması talebini değerlendirecek olan görevli, her hâlükârda şüpheli veya sanığın bu yöndeki talebine uymak zorunda değildir.

Toplanması talep edilecek olan delilin önemini takdir, ifadeyi alacak veya sorguyu yapacak olan görevliye aittir. Buradaki takdir hakkı, ileri sürülen hususların soruşturma veya kovuşturma konusuyla bir ilgisi olmadığı veya bu delillerin sabit olması hâlinde bile sonuca etkide bulunmayacak kadar önemsiz olduğu durumlarda bunların reddedilebilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır (m. 206).

Ancak delil, şüpheli veya sanığın suçsuzluğunu ortaya koyabilecek değerde ise sanığın talebi ciddiye alınmak zorundadır (m. 160/2)."[83]

5.14. Şüphelinin/Sanığın Kendisini Bizzat veya Seçeceği Bir Müdafi Yardımıyla Savunma ve İcabında Resen Atanacak Bir Avukatın Yardımından Ücretsiz Olarak Yararlanma Hakkı (AİHS m. 6/3-c)

Bu konu, CMK m. 147-150'de düzenlenmiştir.

CMK m. 149/3'e göre, "soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz".

Bu kapsamda, müdafinin soruşturma aşamasında hazır bulunma yetkisine temas edilmelidir. Belirtmek gerekir ki müdafinin bu yetkisi, şüpheli açısından bir hak ifade eder.

Böylece, baro tarafından atanmış olan müdafinin, şüphelinin ifadesinde fiilî olarak hazır bulunmayıp, ifade bittikten sonra ifadede hazır bulunmuş gibi tutanağı imzalaması bu hakla çelişir. Böyle bir davranışta bulunan avukat için TCK m. 257 uyarınca görevi kötüye kullanmak suçundan sorumluluk gündeme gelebilir.

Müdafinin, soruşturma aşamasında şüphelinin ifadesi veya sorgusu sırasında hazır bulunma yetkisinin sınırları, özellikle de hazır bulunma sırasında yapabilecekleri bakımından tereddüt oluşabilir. Bu konuda, Centel/Zafer şunları ifade etmektedirler:

"Şüphelinin yanında bulunma, soru sorma hakkını da içerir. Müdafi, şüpheliye tüm yasal haklarını hatırlatabileceği gibi; ifade tespiti veya sorguya çekilme sırasında soru sorup tutanağa geçirilmesini isteyebilir, şüphelinin haklarını korumaya yönelik müdahalelerde bulunabilir.[84] Ancak müdafi, ifade alma ve sorgu süresince şüpheliye hukuki yardımda bulunurken dikkatli olmalıdır.

83 Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 167

84 N. Centel, "3842 Sayılı Yasa Hükümleri Karşısında Tutuklama ve Yakalama", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, 621

Hukuki yardım, maddi olayı karartabilecek müdahaleler yapılması anlamına gelmez.

Müdafinin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir (Gözaltı Y. m. 23). Bu nedenle, örneğin içinde cevabı barındıran sorular sorulmaması; sorunun kolluk üzerinden sorulması yanlış anlaşılmaları önler. Sanığın beyanlarını, suç delillerini değiştirme veya soruşturmayı yanlış yola yöneltme, müdafiyi, TCK m. 281'deki suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunun faili hâline getirebilir."[85]

Öcalan Kararı'nda, haftada iki kez birer saatlik ziyaretlere izin verilmesinin bu hakkı ihlal ettiği ifade edilmiştir.[86]

Resen atanan avukat yardımından yararlanma için iki kıstas aranır: Avukatlık ücretini ödeme olanağına sahip olmama ve adaletin selametinin bunu gerektirmesi (İkinci kıstas açısından dikkate alınan üç faktör ise isnat edilen suçun ağırlığı ve olası cezası; davanın karmaşıklığı ve sanığın kendi savunmasını yapabilme kapasitesidir.).[87]

CMK'da şüpheli/sanığa zorunlu müdafi atanması, m. 101/3 ve m. 150'de düzenlenmiştir. Talat Tunç-Türkiye (27.3.2007) Davası'nda, bir adam öldürme davasında sanığa müdafi atanmamış olması dolayısıyla ihlal kararı verilmiştir.[88]

Zorunlu müdafi atanmış ve sanık mahkûm olmuşsa, durumunun müsait olması hâlinde devletçe ödenen avukatlık ücreti geri alınabilir [Croissant-Almanya (25 Eylül 1992)].[89]

İfade ve sorgu, şüphelinin/sanığın savunmasında en önemli aşamalardan olmaları sebebiyle bu aşamalarda müdafi yardımından faydalanma önem arz etmektedir. Şahin, konuyla ilgili olarak şunları kaydeder:

"Müdafiye danışma hakkı konusunda aydınlatılan şüpheli veya sanık, bu imkândan yararlanmak istediği takdirde, sırf ifade veya sorgunun devam etmesi düşüncesiyle bu hakkından mahrum edilmemelidir. İfade veya sorgunun devamı sırasında müdafi talebinde bulunulduğunda da bu imkânı ona tanımak için ifade veya sorgu o noktada bırakılmalıdır. Böyle bir talepte bulunan şüpheli kolluk gözetiminde ise bir müdafi ile temasa geçme teşebbüsü zorlaştırılmamalı; serbest ise esas hakkında konuşmak isteyip istemediğini bildirmesi için bir süre verilmesi, süre sonunda hâlâ bir görüş beyan etmezse bunun susmayı tercih ettiği anlamında kabul edileceğinin kendisine bildirilmesi işin amacına daha uygun olabilir. İfadeyi alacak veya sorguyu yapacak olan görevlinin şüpheli veya sanığa 'belirli bir avukatı tavsiye etmesi' sakıncalı olabilir."[90]

Örnek AİHM Kararı: Salduz-Türkiye (26 Nisan 2007 ve 27 Kasım 2008)

85 Centel/Zafer, s. 183
86 Tezcan vd., s.261
87 Tezcan vd., s.261
88 Tezcan vd., s.262
89 Tezcan vd., s.262
90 Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 166

26 Nisan 2007 tarihli Salduz-Türkiye Kararı'nın konumuzla ilgili kısımları şöylece özetlenebilir:[91]

"(...) Başvuran, AİHS'nin 6 §§ 1 ve 3-c maddelerine atıfla Yargıtay Başsavcısı'nın görüşlerinin kendisine tebliğ edilmemiş olmasından ve gözaltı süresince avukat desteğinden mahrum bırakılmasından şikâyetçi olmuştur. (...)

2. Gözaltı süresince adli yardımdan mahrum olma

Hükûmet, polis nezaretindeyken başvuranın avukat hakkının engellenmesinin savunma haklarını ihlal etmediğini savunmuştur. Mahkeme içtihadına göre davanın adil olup olmadığı değerlendirmesinin davanın tamamı dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu bağlamda başvuranın hem İzmir DGM hem de Yargıtay huzurunda bir avukat tarafından temsil edildiğini öne sürmüşlerdir.

Başvuran iddialarını sürdürmüştür.

Mahkeme ön soruşturma safhasında AİHS'nin 6 § 3-c maddesinin, ancak bu hükümlere ilk başta uymamanın davanın hakkaniyetini ciddi şekilde yaralamasının söz konusu olduğu durumlarda geçerli olabileceğini hatırlatır (bk. John Murray-İngiltere, Karar Raporları 1996-I). 6. madde normalde sanığın polis sorgulamasının ilk safhasında avukat desteğinden yararlanmasına izin verilmesini şart koşsa da AİHS'de açıkça ifade edilmeyen bu hak geçerli nedenlerle kısıtlanabilir. Her davada sorun, kısıtlamanın dava sürecinin tamamı ışığında sanığı adil yargılamadan mahrum edip etmediğidir (bk. Brennan-İngiltere, No. 39846/98).

Mahkeme, somut davada başvuranın hem İzmir DGM hem de temyizde avukatı tarafından temsil edilmiş olduğunu kaydeder. Ayrıca hüküm giymesi sadece gözaltındaki polis ifadesine dayanmıyordu ve rakibi ile karşı karşıya oluşuna önemli bir dezavantaj getirmeyen koşullarda, iddia makamının iddialarına itiraz etme fırsatına sahipti. İzmir DGM, dava hakkında karar vermeden başvuranın yakalanmasını çevreleyen faktörler ve başvuranın el yazısının pankarttaki yazı ile aynı olduğunu belirten bilirkişi raporunu dikkate almıştır. Mahkeme aynı zamanda tanıkların, savcı huzurunda alınmış, başvuranın kendilerini eyleme katılmaya çağırdığı yönündeki ifadeleri de değerlendirmiştir. Sonrasında mahkeme bir bütün olarak, kendisine sunulan olaylar ve deliller temelinde başvuran hakkında bir hüküm vermiştir (Yurtsever-Türkiye, No. 42086/02, Uçma ve Uçma-Türkiye, No. 15071/03).

Bu şartlar altında Mahkeme, somut davada başvuranın, polis nezareti süresince avukat desteği almayışının yargılamanın hakkaniyetine halel getirmediği kanaatindedir.

Buna göre AİHS'nin 6 § 3. maddesi ihlal edilmemiştir. (...)

YUKARIDAKİ GEREKÇELERE DAYANARAK AİHM, (...) 2'ye karşı 5 oyla; başvuranın gözaltında iken adli yardım alamayışı itibarıyla AİHS'nin 6 § 3-c maddesinin ihlal edilmediğine; (...) KARAR VERMİŞTİR."

Başvuranın, AİHM'nin 2'nci Dairesinin vermiş olduğu bu kararı Büyük Daireye

91 http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/36391_02.pdf (erişim: 24.12.2013)

götürmesi neticesinde verilen 27 Kasım 2008 tarihli Salduz-Türkiye Büyük Daire Kararı'nın ilgili bölümlerinin özeti ise şu şekildedir:[92]

"HUKUK

AİHS'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Gözaltında Avukata Erişim

Başvuran, gözaltındayken avukata erişimine izin verilmediğinden AİHS'nin 6/3 maddesine dayanarak savunma haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

a. Dairenin kararı

Daire, 26 Nisan 2007 tarihli kararında AİHS'nin 6/3-c maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bu bağlamda başvuranın birinci derece ve temyiz yargılamasında avukat tarafından temsil edildiğine ve mahkûmiyetin tek dayanağının başvuranın polise verdiği ifade olmadığına işaret etmiştir. Daireye göre başvuranın, iddia makamının iddialarına, kendisini onlar karşısında önemli bir dezavantajda bırakmayacak koşullar altında itiraz etme imkânı bulunmaktaydı. Daire aynı zamanda İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesinin başvuran hakkında hüküm verirken başvuranın yakalandığı koşullar, pankart üzerindeki el yazısına ilişkin bilirkişi raporu ve tanık ifadelerini dikkate almış olduğunu kaydetmiştir. Yukarıdakiler ışığında gözaltı süresince adli yardım alamamasının başvuranın adil yargılanmasına halel getirmediğine karar vermiştir.

b. Tarafların görüşleri

aa. Başvuran

Başvuran, Dairenin, AİHS'nin 6/3-c maddesi ile ilgili ihlal tespit etmeme gerekçelerine itiraz etmiştir. Gözaltında avukata erişimin temel haklardan biri olduğunu belirtmiş, aleyhine kullanılan tüm delillerin avukat hakkından mahrum bırakıldığı ön soruşturma aşamasında elde edildiğini hatırlatmıştır. Bu noktada kendisi hakkında mahkûmiyet kararı alınmasına karşın, suçlu olduğunu kanıtlayan delil bulunmadığını savunmuştur. Ayrıca gözaltında kötü muameleye uğradığını ve polisteki ifadesini baskı altında imzaladığını iddia etmiştir. Savcı ve sorgu hâkimi önünde ve duruşmalarda reddetmiş olmasına rağmen, başvuranın polise verdiği ifade İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. Başvuran ayrıca olay tarihinde reşit olmadığını ve daha önce sabıka kaydı bulunmadığını vurgulamıştır. İfadesinde, hakkında yapılan ciddi suçlamalar ışığında, adli yardım eksikliğinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini savunmuştur. Ayrıca hükûmetin adli yardım yapılmamasını haklı çıkaracak herhangi geçerli bir neden sunmadığını savunmuştur.

bb. Hükûmet

Hükûmet, Dairenin, AİHS'nin 6/3-c maddesinin ihlal edilmediği yönündeki kararının Büyük Daire tarafından onanmasını talep etmiştir. İlk olarak ilgili mevzuatta 2005 yılında değişiklik yapıldığını ifade etmiş, ayrıca başvuranın avukata erişimine

92 http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/36391-02.pdf (erişim: 24.12.2013)

getirilen kısıtlamanın AİHS'nin 6. maddesine göre adil yargılanma hakkını ihlal etmediği görüşünü savunmuştur. Hükûmet, AİHS içtihadına dayanarak (özellikle Imbrioscia-İsviçre, A Serisi, No. 275; John Murray-İngiltere, Raporlar 1996-I; Averill-İngiltere, No. 36408/97; Magee-İngiltere, No. 28135/95 ve Brennan- İngiltere, No. 39846/98) yargılamanın adil olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın tamamının göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmuştur. Buna göre başvuranın İzmir DGM ve Yargıtay önünde bir avukat tarafından temsil edilmiş olması nedeniyle adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir. Hükûmet ayrıca AİHM'nin, poliste verilen ifadelerin mahkûmiyeti destekleyen tek kanıt olmaması nedeniyle gözaltında adli yardım eksikliğinin AİHS'nin 6. maddesine ihlal teşkil etmediğine kanaatle benzer şikâyetleri dayanaktan yoksun bularak reddettiği Türkiye aleyhine açılmış bazı davalara atıfta bulunmuştur (Saraç-Türkiye, No. 35841/97; Yurtsever-Türkiye, No. 42086/02; Uçma ve Uçma-Türkiye, No. 15071/03; Ahmet Yavuz-Türkiye, No. 38827/02 ve Yıldız ve Sönmez-Türkiye, No. 3543/03 ve 3557/03).

Somut dava olaylarına ilişkin olarak hükûmet, gözaltına alındığında sessiz kalma hakkının başvurana hatırlatıldığını ve müteakip cezai kovuşturmada avukatının iddia makamının iddialarına itiraz etme imkânı bulduğunu savunmuştur. Hükûmet, ayrıca, başvuranın polise verdiği ifadenin mahkûm edilmesi için tek dayanak olmadığını vurgulamıştır.

c. AİHM'nin değerlendirmesi

aa. Bu davaya uygulanabilir olan genel ilkeler

AİHM, 6. maddenin asıl amacının, cezai kovuşturma söz konusu olduğunda, 'cezai alandaki suçlamalar' konusunda karar vermeye ehil bir 'mahkeme' tarafından adil bir yargılama yapılmasını sağlamak olsa da bunun, 6. maddenin hazırlık soruşturmasına uygulanamayacağı anlamına gelmediğini hatırlatır. Dolayısıyla, bir yargılamanın adilliğinin soruşturmanın ilk safhalarında 6. madde hükümlerine uygun hareket edilmemesi nedeniyle ciddi derecede zarara uğratılması söz konusuysa, 6. madde ve özellikle bu maddenin 3. fıkrası, yargılama öncesi durumlar için de geçerli olabilir (*Imbrioscia*, yukarıda kaydedilen). AİHM'nin önceki kararlarında tespit ettiği üzere, AİHS'nin 6. maddesinin 3-c paragrafında belirtilen hak, 1. paragrafta yer alan ceza davalarında adil yargılanma kavramının unsurlarından birini teşkil eder (*Imbrioscia*, yukarıda kaydedilen).

AİHM, ayrıca, mutlak olmamakla birlikte, cezai bir suçla itham edilen herkesin, gerekiyorsa resmî olarak görevlendirilen bir avukat tarafından etkili bir şekilde savunulması hakkının adil yargılanmanın temel özelliklerinden birisi olduğunu hatırlatır (Poitrimo-Fransa ve Demebukov-Bulgaristan, No. 68020/01). Bununla birlikte, AİHS'nin 6. maddesinin 3-c fıkrası, bu hakkın uygulama şeklini belirtmez. Dolayısıyla, Sözleşme'ye Taraf Devletler, kendi adli sistemlerinde bu hakkın korunması şartıyla, istedikleri uygulama yolunu seçebilirler. AİHM'nin tek görevi, devletin seçtiği yöntemin adil yargılanmanın gerekleriyle uyumlu olup olmadığını belirlemektir. Bu bakımdan, AİHS'nin amacının "teorik veya hayalî hakları değil uygulanabilir ve etkili hakları" güvence altına almak olduğu ve avukat tayin edilmesinin tek başına sanığa yapılacak adli yardımın etkili olmasını garanti etmediği unutulmamalıdır (*Imbrioscia*, yukarıda kaydedilen).

(*)Yerel mevzuat, sanığın soruşturmanın ilk evrelerindeki tutumunu dikkate alabilir ki bu cezai yargılamanın ileriki aşamalarında savunma açısından belirleyici

olur. Bu tür durumlarda, 6. madde, soruşturmanın ilk evrelerinden itibaren sanığın avukat yardımından yararlanmasına izin verilmesini öngörmektedir. Ancak, haklı sebeplerden ötürü bu hakkın sınırlamalara maruz kalabileceği düşünülmektedir. Her durumda, sınırlamanın haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı, eğer haklı sebeplere dayanıyorsa, dava sürecinin bütününe bakıldığında sanığı adil yargılama hakkından mahrum edip etmediği (bazı durumlarda sınırlama haklı bir sebebe dayansa bile sanığı adil yargılanma hakkından mahrum edebilir) sorulmalıdır (*John Murray*, yukarıda kaydedilen; *Brennan*, yukarıda kaydedilen ve *Magee*, yukarıda kaydedilen).

Sanığı, makamların haksız uygulamalarından korumak amacını güden ve adil yargılanma kavramının özünü oluşturan, yukarıdaki paragrafta altı çizilen bu ilkeler, genel olarak kabul edilen uluslararası insan hakları standartları ile de örtüşmektedir. Bu ilkeler, ayrıca, adli hataların önlenmesine ve sorgulamaya veya iddia makamı ile sanık arasında silahların eşitliğinin sağlanması ilkesi başta olmak üzere 6. maddenin amaçlarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaktadır.

Bu bakımdan, AİHM, cezai yargılama öncesi yapılan soruşturma evresinin öneminin altını çizmektedir; çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçeve kapsamında ele alınacağını belirlemektedir (Can-Avusturya, No. 9300/81). Aynı zamanda, özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşaması söz konusu olduğunda cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hâle geldiğinden, sanık, kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulur. Birçok durumda, bu savunmasızlık, görevi, diğer hususlar meyanında sanığın kendini suçlamaya karşı korunma hakkının yerine getirilmesini sağlamak olan bir avukatın yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir. Bu hak esasen, iddia makamının, sanığın arzusu hilafına baskı ve zorlama metodları ile elde edilen delilleri kullanmadan, iddialarını ispat etmeye çalışmasını öngörmektedir (Jalloh-Almanya, No. 54810/00 ve Kolu-Türkiye, No. 35811/97). Bir kovuşturmanın, kendini suçlamama imtiyazının özünü yok edip etmediğini değerlendirirken AİHM'nin özel bir ihtimamla dikkate aldığı usul güvencelerinden birisi kovuşturmanın ilk aşamalarında avukat erişiminin sağlanıp sağlanmadığıdır (*mutadis mutandis, Jalloh,* yukarıda kaydedilen). AİHM, bu bağlamda, tutuklunun avukat yardımı almasının kötü muameleye karşı temel bir koruma olduğunu vurgulayan İÖK'nin tavsiyelerini not etmektedir. Bu hakkın kullanımına getirilecek sınırlandırmalar çok açık bir şekilde tanımlanmalı ve zaman sınırlamasına tabi tutulmalıdır. En ağır cezanın verilmesi durumu ile karşı karşıya olunduğunda demokratik toplumlarda adil yargılanma hakkına en üst düzeyde özen gösterildiğinden, ağır suçlamalar söz konusu olduğunda bu ilkelere özellikle uyulmalıdır.

AİHM, bu anlatılanlara dayanarak, adil yargılanma hakkının yeterince 'uygulanabilir ve etkili' olabilmesi için, 6. maddenin 1. paragrafı uyarınca, kural olarak, her davanın kendine has koşulları ışığında bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler olmadıkça, şüpheliye, polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanmasının gerekli olduğu görüşündedir. Avukat erişiminin sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, böylesi bir kısıtlama gerekçesi ne olursa olsun, sanığın 6. madde tarafından güvence altına alınan haklarına halel getirmemelidir (*mutatis mutandis, Magee*, yukarıda kaydedilen). Avukat erişimi sağlanmayan sanığa polis soruşturması sırasında suçlayıcı ifadeler kullanılması durumunda, prensip olarak, sanığın haklarına telafi edilemeyecek şekilde zarar gelir.

bb. Yukarıdaki ilkelerin söz konusu davaya uygulanması

Söz konusu davada, 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesi uyarınca, başvuran, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yetki alanına giren suçlardan birini işlemekle itham edildiği için gözaltı sırasında avukata erişim hakkı kısıtlanmıştır. Bunun sonucunda başvuran, polise, Cumhuriyet Savcısı'na ve sorgu hâkimine ifade verirken avukata erişim hakkından yararlanmamıştır. Dolayısıyla başvurana, avukata erişim hakkının sağlanmamasına gerekçe olarak, yalnızca bu durumun ilgili yasal hükümlerce sistematik olarak öngörüldüğü belirtilmiştir. Bu hâliyle zaten, yukarıda (*) işaretli paragrafta ifade edildiği üzere 6. maddede öngörülen şartlar yerine getirilmemiştir.
AİHM, ayrıca, başvuranın tutuklanmasından sonra avukata erişiminin olduğunu gözlemlemektedir. Cezai kovuşturma sırasında, başvuranın kendi adına tanıklar çağırıp davacı tarafın iddialarına itiraz etme imkânı bulunmaktaydı. Ayrıca, başvuranın hem duruşma hem temyiz sırasında sürekli olarak polise verdiği ifadeleri inkâr ettiği kaydedilmektedir. Bununla birlikte, başvuranın 1 Haziran 2001 tarihinde sorgu hâkimi huzuruna çıkmasından önce soruşturmanın büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu dava dosyasından anlaşılmaktadır. Ayrıca, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, davanın esasını incelemeden önce, başvuranın gözaltındayken vermiş olduğu ifadelerin kabul edilebilirliği konusunu değerlendirmemiş, aksine, başvuranın doğruluğunu inkâr etmesine rağmen polise verilen bu ifadeleri mahkûmiyeti için esas kanıt olarak kullanmıştır. AİHM, bu bağlamda, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesinin, başvuranın mahkûmiyetine karar verirken, polise vermiş olduğu ifadeleri doğrulamak için elindeki delilleri kullandığını gözlemlemektedir. Bu deliller arasında, 1 Haziran 2001 tarihli bilirkişi raporu ile diğer sanıkların polise ve Cumhuriyet Savcısı'na verdikleri ifadeler yer almaktadır. AİHM, ilk derece mahkemesinin kararında bahsi geçen bilirkişi raporunda, pankarttaki el yazısının başvurana ait olup olmadığının belirlenemeyeceğinin vurgulanması nedeniyle, raporun başvuranın lehine olduğunu kaydetmektedir. Polise ve Cumhuriyet Savcısı'na verdikleri ifadelerde başvuran aleyhine tanıklık eden diğer sanıkların duruşmada ifadelerini geri çekmeleri ve gösteriye katıldıklarını inkâr etmeleri de dikkat çekici unsurlardır.

Dolayısıyla söz konusu davada, başvuranın polise verdiği ifadenin mahkûmiyetinde kullanılması nedeniyle, başvuranın avukata erişim hakkına getirilen kısıtlamalardan etkilendiği şüphe götürmez bir gerçektir. Ne sonradan sağlanan avukat yardımı ne müteakip kovuşturmanın çekişmeli niteliği gözaltı sırasında yapılan hataları telafi edebilir. Ancak, başvuranın polis gözetiminde tutulduğu sırada avukata erişememesinin, müteakip yargılama üzerinde etkisi bulunduğu hususunda spekülasyonda bulunmak Mahkemenin görevi değildir.

AİHM ayrıca, ne AİHS'nin 6. maddesinin lafzının ne özünün, kişinin adil yargılanma hakkından, kendi isteği ile açıkça veya zımnen vazgeçmesini engellemediğini hatırlatır (bk. Kwiatkowska-İtalya (karar), No. 52868/99). Ancak, yargılamaya müdahil olma hakkından vazgeçmenin AİHS bağlamında kabul edilebilir olması için, kişinin bu haktan vazgeçtiği tartışmasız bir şekilde tespit edilmeli ve bu haktan vazgeçmesine mütenasip asgari güvenceler sağlanmalıdır (bk. Sejdovic-İtalya [BD], No. 56581/00 ve Colozza-İtalya). Bu nedenle, mevcut davada, başvurana sessiz kalma hakkının hatırlatılmış olduğu iddiası dayanak olarak alınamaz.

Son olarak, AİHM, davanın özel unsurlarından birinin de başvuranın yaşı olduğunu kaydeder. Gözaltında reşit olmayan kişilere sağlanan adli yardıma ilişkin

uluslararası hukuk esaslarını göz önüne alan AİHM, gözaltına alınan kişinin reşit olmaması durumunda, avukata erişim sağlanmasının önemini vurgular.

Bununla birlikte, mevcut davada, daha önce belirtildiği gibi avukat erişimine getirilen kısıtlama sistematiktir ve devlet güvenlik mahkemelerinin yetki alanı kapsamındaki bir suçtan gözaltında tutulan herkese, yaşlarından bağımsız olarak uygulanmıştır.

Kısaca, başvuran, duruşmada ve müteakiben temyiz aşamasında aleyhinde kullanılan delillere itiraz etme fırsatı bulmuş olsa da polis tarafından gözaltında tutulduğu sırada avukatının olmaması, savunma haklarını telafi edilemeyecek şekilde etkilemiştir.

cc. Sonuç

Yukarıda kaydedilenleri göz önüne alan AİHM, mevcut davada, AİHS'nin 6. maddesinin 3c) bendinin 1. paragrafı ile bağlantılı olarak ihlal edildiği sonucuna varır. (...)

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK AİHM, OY BİRLİĞİYLE (...) polis tarafından gözaltında tutulduğu sırada başvuranın adli yardım alamaması hususunda AİHS'nin 6. maddesinin 3c) bendinin 1. paragrafı ile bağlantılı olarak *ihlal edildiğine* (...) KARAR VERMİŞTİR."

Şüphelinin gözaltına alınması veya tutuklanması durumunda avukat yardımından yararlanabilmesi gerekir [Dayanan-Türkiye (13 Ekim 2009), parag. 31-34].[93]

Örnek AİHM Kararı: Dayanan-Türkiye (13 Ekim 2009)

13 Ekim 2009 tarihli Dayanan-Türkiye Kararı şu şekilde özetlenebilir:[94]

"(...) 30 Ocak 2001 tarihinde, yasa dışı silahlı örgüt olan Hizbullah'a yönelik yürütülen bir operasyon çerçevesinde, başvuran yakalanmış ve gözaltına alınmıştır.

Başvuran, 'Şüpheli ve Sanık Hakları Formu'nu' imzalamış ve kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgi sahibi olmuştur. Başvuran, sessiz kalma ve gözaltı sırasında avukat yardımından yararlanma hakkı hususunda bilgilendirilmiştir. Polisler başvurana sorular sormuş ancak başvuran sessiz kalma hakkını kullanmıştır.

Söz konusu dönem boyunca başvuran sessiz kalmaya devam etmiştir. (...)

HUKUK

Başvuran, AİHS'nin 6/1 ve 6/3 c) maddesine atıfta bulunarak, gözaltı sırasında avukat yardımından yararlanamamaktan ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın görüşünün tebliğ edilmemesinden şikâyetçidir. (...)

İç hukuk yollarının tüketilmemesine ilişkin olarak, AİHM, Devlet Güvenlik

93 Tezcan vd., s.262

94 http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/7377-03.pdf

Mahkemesinin yetkisi kapsamındaki bir suçla suçlandığı gerekçesi ile 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesi uyarınca, başvuranın gözaltı sırasında avukat yardımından yararlanma hakkına müdahale edildiğini gözlemlemektedir. (...)

Esasa ilişkin olarak ise hükûmet, avukatın hazır bulunmamasının kendisini savunma hakkı üzerinde hiçbir etkisi olmamasına rağmen başvuranın susma hakkını kullandığına dikkat çekmektedir. (...)

Gözaltı sırasında bir avukatın hazır bulunmaması ile ilgili olarak, AİHM, her sanığın, gerekiyorsa resmî olarak görevlendirilen bir avukat tarafından etkili bir şekilde savunulması hakkının adil yargılamanın temel özelliklerinden birisi olduğunu hatırlatmaktadır (Salduz, Poitrimol-Fransa, 23 Kasım 1993 ve Demebukov-Bulgaristan, başvuru No. 68020/01, 28 Şubat 2008).

AİHM, cezai yargılamanın hakkaniyetinin, genel olarak, AİHS'nin 6. maddesinin amaçları uyarınca, şüphelinin, gözaltına alındığı veya tutuklandığı andan itibaren bir avukat tarafından temsil edilme imkânından faydalanmayı gerektirdiği kanaatindedir.

AİHM'nin kabul ettiği ve içtihadını belirlediği genel olarak benimsenen uluslararası normların belirttiği üzere, bir sanık, özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan itibaren, maruz kaldığı sorgulardan bağımsız olarak, avukat yardımından yararlanabilir (konuya ilişkin uluslararası hukuk metinleri için bkz, Salduz). Nitekim yargılamanın hakkaniyeti, sanığın, danışma hususunda her türlü müdahaleyi elde edebilmesini gerektirir. Bu bağlamda; davanın görüşülmesi, savunmanın hazırlanması, sanık lehine olan kanıtların araştırılması, sorguların hazırlanması, sıkıntılı durumda bulunan sanığın savunması ve tutukluluk koşullarının denetimi, avukatın özgürce yapabilmesi gereken savunmanın temel unsurlarındandır.

Mevcut davada, kimse, ilgili dönemde yürürlükte olan yasa ile engellendiği gerekçesi ile gözaltı sırasında başvuranın avukat yardımından yararlanmadığına itiraz etmemektedir (sözü edilen Salduz). Gözaltı sırasında başvuranın sessiz kalma hakkını kullanmasına rağmen, ilgili yasal hükümlere dayanarak getirilen böyle bir sistematik kısıtlama AİHS'nin 6. maddesinin gereklerinin yerine getirilmediği sonucuna ulaşmak için yeterlidir.

Bu itibarla, AİHM, AİHS'nin 6/1 maddesi ile birlikte, AİHS'nin 6/3 c) maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. (...)

Ayrıca başvuran, yakalanmasına ve hakkında yöneltilen suçlamaya ilişkin olarak bilgilendirilmediğinden şikâyetçidir. Başvuran, savunmasını hazırlamak için de gerekli kolaylıklara sahip olamadığını ve aleyhteki tanıkları sorgulatamadığını iddia etmektedir. Bununla birlikte başvuran, tarafsız bir bilirkişi tarafından gerçekliği incelenmeden evinde bulunan kasetin polis tarafından yapılan çözümünün aleyhte kanıt olarak kullanılmasından şikâyetçidir.

AİHM, başvuran tarafından sunulduğu şekli ile şikâyetleri incelemiştir. Sahip olduğu unsurların tamamını dikkate alan AİHM, AİHS tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin hiçbir bulgu tespit edememiştir; söz konusu şikâyetler açıkça dayanaktan yoksundur ve AİHS'nin 35. maddesinin 3 ve 4. paragrafları uyarınca reddedilmesi gerekmektedir. (...)

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK AİHM, OY BİRLİĞİYLE,

a. Başvurunun, gözaltı sırasında avukat bulunmaması ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın görüşlerinin önceden tebliğ edilmemesi kapsamında yapılan şikâyete ilişkin kısmının Kabul edilebilir geri kalan kısmının Kabul edilemez olduğuna;

b. Başvuranın, gözaltı sırasında avukat tarafından temsil edilmemesi nedeniyle, AİHS'nin 6/1 maddesi ile birlikte AİHS'nin 6/3 maddesinin ihlal edildiğine; (...) KARAR VERMİŞTİR."

AİHS m. 6/1, ilke olarak, soruşturma evresinde şüphelinin kolluk tarafından ilk ifadesinin alınması sırasında müdafi yardımından yararlandırılmasını gerektirir; ancak, kolluk ifadesinde müdafi bulundurulmaması her hâlükârda m. 6/3-c'yi ihlal etmez.[95] Müdafi yardımından yararlanma hakkı ancak zorlayıcı neden varsa sınırlandırılabilir.[96] Muhakemenin geneline bakıldığında savunma hakkının kısıtlanmasının oranlı olması gerekir.[97]

TMK 10/2-b'de şüphelinin gözaltı süresince yalnızca bir müdafinin hukuki yardımından yararlanabileceği şeklindeki kısıtlamanın, müdafiden yararlanma hakkının tamamen ortadan kaldırılmamış olması ve suçun niteliği dikkate alındığında, AİHM içtihatlarına aykırı olmadığı söylenebilir.[98]

Yargı görevi yapan bir kişi (TCK m. 6/1-d) olarak avukatın açık yetersizliği durumunda devletin müdahale etme yükümlülüğü vardır [Sannino-İtalya (27.4.2006)].[99]

5.15. İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Savunma Tanıklarının da Aynı Koşullar Altında Davet Edilmelerini ve Dinlenmelerini İsteme Hakkı (AİHS m. 6/3-d)

İddia tanıklarına soru sorma hakkı, hakkındaki davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesi hakkı ve silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilgilidir.[100]

"Mahkûmiyet tek başına veya önemli ölçüde sanığın soruşturma veya kovuşturma aşamalarında soru soramadığı veya sorduramadığı bir kişinin ifadesine dayanıyorsa savunmanın hakları m. 6'daki güvencelerle bağdaşmaz ölçüde sınırlandırılmış olur."

[Saidi-Fransa; Luca-İtalya; Sadak ve Diğerleri-Türkiye; Solakov-Makedonya; Van Mechelen ve Diğerleri-Hollanda (27.4.1997); Al-Khawaja ve Tahery-Birleşik Krallık (20.1.2009); Bonev-Bulgaristan (8.6.2006)].[101]

95 Tezcan vd., ss.262-263
96 Tezcan vd., s.262
97 Tezcan vd., s.263
98 Tezcan vd., s.264
99 Tezcan vd., s.265
100 Tezcan vd., s.265
101 Tezcan vd., s.266

5.16. Ücretsiz Olarak Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı (AİHS m. 6/3-e)

Ücretsiz olarak tercüman yardımından yararlanma hakkı, yargılama dilini anlayan ve aynı zamanda konuşabilen kimseler için geçerli değildir [Lagerblom-İsveç (14.1.2003)].[102]

AİHS m. 6/3-e'deki ücretsiz olarak tercüman yardımından yararlanma hakkı mutlaktır; resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkından (AİHS m. 6/3-c) farklı olarak, adaletin selametinin gerektirmesi veya sanığın maddi durumunun ücreti karşılamaya elverişsiz olması şartı aranmaz; mahkûmiyet hâlinde sanıktan tercüme masrafları istenemez.[103]

Bu hak, belgelerin ve sözlü beyanların çevrilmesini de içerir; tamamen tercüme etme şart değildir; sanığın aleyhindeki iddiaları tümüyle anlayıp cevaplamasına imkân verecek düzeyde tercüme yapılması yeterlidir.[104] Mahkeme de tercümenin etkinliğini denetlemelidir.[105]

Fazla yaygın olmayan bir dil için tercüman bulundurmanın mümkün olmadığı hâllerde şüphelinin veya sanığın bildiği başka bir dilde tercüman yardımı verilmesi, hakkın gerçekleşmesine yarar.[106]

CMK m. 202, tercümandan yararlanma hakkını düzenlemektedir. Mevzuatımız, AİHS'nin koyduğu asgari standardın üzerindedir.

Kaynaklar

CENGİZ Serkan/DEMİRAĞ Fahrettin/ERGÜL Teoman/McBRIDE Jeremy/ TEZCAN Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği-Avrupa Konseyi-Avrupa Birliği, Ankara 2008

CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10'uncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2013

LEMONDE Marcel, İhtiyaç Değerlendirme Raporu ve Eylem İçin Tavsiyeler, (Avrupa Birliği/Avrupa Konseyi Ortak Programı "Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi"), Aralık 2013

ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/KIRIT Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN Özdem/AKCAN Esra Alan/ERDEN Efsen, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ağustos 2013

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011

Vitkauskas Dovydas/Dikov Grigory, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması (Çev.: CENGİZ Serkan), Avrupa Konseyi İnsan

102 Tezcan vd., s.267

103 Tezcan vd., s.268

104 Tezcan vd., s.268

105 Tezcan vd., s.268

106 KARAKEHYA Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara 2008, ss.116-117'ye atıf yapan: Centel/Zafer, s.146

Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi, Strazburg 2012
AİHM kararları için:
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#;
http://www.yargitay.gov.tr/aihm/select.php
Yargıtay kararı için: http://emsal.yargitay.gov.tr
aaasdasd

6 ADİL YARGILANMA HAKKI: İDDİANAME

Ders Planı: Adil Yargılanma Hakkı: İsnadı Öğrenme ve Savunma Hakkı Bağlamında İddianame

1. İddianame

1.1. İddianamenin Unsurları

1.2. Tutuklu İşlerde İddianamenin Özelliği

1.3. Ceza Davası Açılmasının Sonuçları

2. İddianamenin Değerlendirilmesi

2.1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Dönemi

2.2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Dönemi

3. Kamu Davasının Duruşma Hazırlığı ve Duruşma Devresi

3.1. İddianamenin Sanığa Bildirilmesi

3.2. Duruşmanın Yürüyüşü: İddianamenin Okunmasının Özelliği

Tavsiye Edilen Okuma Listesi

Pratik Çalışma Gereçleri

Ders Planı - Adil Yargılanma Hakkı: Soruşturma Evresi

Ders No. 1 İddianamenin Unsurları

Kullanılacak araçlar:
- Windows 7 ve MS Ofis yüklü PC/Laptop Professional [Slayt (Power Point)]
- İnternet erişimi
- Projektör ve ekran
- Not kâğıdı ve kalem
- Flipchart veya tahta ve kalem
- Ders materyali (örnek iddianameler, Yargıtay kararları, AİHM kararları)

(Salvador Torres-İspanya Kararı, Kamasinski-Avusturya Kararı, Mattoccia-İtalya Kararı, Kyprianou-Kıbrıs Kararı, Sadat ve Diğerleri-Türkiye Kararı)

Dersin amacı:

Dersin sonunda katılımcılar;
- AİHS m. 6/3'ü ve CMK m. 170 hükümlerini hatırlar ve sanığın isnadı öğrenme hakkı (AİHS m. 6/3) ile iddianamenin açık ve anlaşılır şekilde yazılması ile savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi arasındaki ilişkiyi kavrar.
- Uygulamadaki eksikliklerin (iddianamede olayların delillerle bağlantılandırılmaması (CMK m. 170/4) ve bu hususun iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında da göz ardı edilmesi gibi uygulama hatalarının farkına varır ve bu eksikliklerin savunma hakkına olumsuz etkisini fark eder.
- İddianamedeki maddi vakaya ilişkin eksikliklerin ve hukuki niteleme hatalarının duruşmada CMK m. 225, 226 gereğince yeniden ek savunma verilmesine neden olacağını ve bu durumun da yargılama süresini uzatacağını ve makul sürede yargılanma hakkını zedeleyeceğini ve dolayısıyla iddianamenin yazım şeklinin önemini hatırlar (Salvador Torres-İspanya Kararı).
- İddianamenin yabancı sanığın diline çevrilmesinin savunma hakkına etkisini tartışır ve AİHM içtihatlarını hatırlar (Kamasinski-Avusturya Kararı).
- İddianamenin dilini tartışır. Suç sabittir şeklindeki anlatımların masumiyet karinesi karşısında hukukiliğini fark eder.
- İddianamede iddiayı desteklemeyen bilgilere yer verilmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal teşkil edeceğini ve bu bilgilere iddianamede yer verilmesinin görevin ifası hukuka uygunluk nedeni içinde yer almayabileceğini ve AİHS m. 8'e aykırılık oluşturacağını hatırlar.

Kullanılacak yöntem:
- Anlatım usulü
- Örnek iddianamelerdeki hataların tespiti
- Yeterli delille iddianame düzenlenmediğini belirten Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi
- Tartışma

Dersin işleniş şekli:
- AİHS m. 6/3 hükmü açıklanır.
- CMK m. 170'teki iddianamenin unsurları slayt gösterisiyle anlatılır. Bu anlatım sürecinde ekte kaynakçada gösterilen kaynaklardan ve ders materyalinden yararlanılır. İddianamenin yeterli delille tanzim edilmediğine dair Yargıtay kararlarından örnekler verilir.
- İddianamenin yeterli delile ulaşılmadan düzenlenmesinin sanığın lekelenmeme

hakkı üzerindeki etkisi tartışılır.
- Ders materyali olarak önceden dağıtılmış olan örnek iddianamelerin CMK m. 170'e uygun bir şekilde kaleme alınıp alınmadığı tartışılır veya bu iddianamelerdeki uygulama hatalarının bulunması istenir.
- CMK m. 170/4 hükmünün nasıl uygulanması gerektiği yani olaylarla delillerin ilişkilendirilmesinin nasıl sağlanması gerektiği konusunda tartışma açılır ve bu şekilde iddianame örneği hazırlanması istenir.
- İddianamenin yabancı sanığa tercüme edilmemesinin savunma hakkı bakımından sakıncalı olup olamayacağı tartışmaya açılır (Kamasinski-Avusturya Kararı).
- Davasız yargılama olmaz ilkesi ve iddianamede isnadın sınırlarının belirlenmesinin neden önemli olduğu açıklanır (Mattoccia-İtalya Kararı).
- İddianın sınırlarının belli olmaması veya hukuki nitelemelerdeki değişikliklerin ek savunma hakkı verilerek giderilmesi gerektiğine vurgu yapılır ve CMK m. 226'nın uygulanmasına dikkat çekilir (Salvador Torres-İspanya Kararı).
- Uygulamada iddianamenin yazımı ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlar sorulur ve çözümleri emsaller arasında tartıştırılır.
- Özel hayatın gizliliğini ihlal eden iddianame örnekleri tartışmaya açılır. İddianın açıklanması ile ilgisi olmayan özel hayat olaylarının iddianamede yer almaması gerektiğine vurgu yapılır ve özel hayat kavramı tarif edilmeye çalışılır.

Ders No. 2 İddianamenin Değerlendirilmesi

Kullanılacak araçlar:
- Windows 7 ve MS Ofis yüklü PC/Laptop Professional [Slayt (Power Point)]
- İnternet erişimi
- Projektör ve ekran
- Not kâğıdı ve kalem
- Flipchart veya tahta ve kalem
- Ders materyali [örnek iddianamenin kabulü ve iade kararları, iade kararlarına itiraz usulü üzerine Yazılı Emir (Kanun Yararına Bozma) sonucunda verilen Yargıtay kararları]

Dersin amacı:
Ders sonunda katılımcılar;
- Öğretide ara muhakeme olarak adlandırılan devrenin (iddianamenin kabulü kararının) sanık hakları ve özellikle lekelenmeme ve savunmasını gerektiği gibi hazırlama hakkı bakımından önemini kavrar.
- Bu aşamada çelişmeli muhakeme ilkesinin eksikliğini Alman uygulaması örneği ekseninde kavrar.
- Ara muhakeme aşamasında (iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında) savunmanın yerini sorgular.
- İddianamenin değerlendirilmesi aşamasına savunma hakkı ve çelişmeli muhakeme ilkesi bakımından eleştirel olarak yaklaşabilir.
- Savunmanın, iddianamenin yeterli delile dayanmadığına ve CMK m. 170'te gösterilen şekilde kaleme alınmadığına dair şüpheli veya müdafi tarafından yapılan itirazları bu aşamada değerlendirmeye almanın, savunma hakkının etkinliğini artıracağının ve adil yargılamaya hizmet edeceğinin farkına varır.

Kullanılacak yöntem:
- Anlatım usulü

- Ders materyalini tartışmaya açma (örnek iddianamenin değerlendirilmesi kararları)
- Vaka çalışması
- Genel tartışma

Dersin işleniş şekli:
- CMK m. 174 hükmü hatırlatılır.
- Alman uygulaması anlatılır. Anlatımlar slayt gösterisi ile görsel olarak desteklenir.
- Mahkemelerin iddianameyi değerlendirme usulü, savunma hakkı bakımından eleştiriye açılır ve tartışılır.
- Bu aşamada savunmanın etkinliğini artırmanın önemi ve müdafinin iddianameye yönelik eleştirilerini dikkate almanın gerekliliği üzerinde durulur.

Örnek olay: (A) hakkında başlatılan soruşturma kapsamında gizlilik kararı verilir. Cumhuriyet savcısı iddianamesini hazırlayarak asliye ceza mahkemesine verir. İddianamenin mahkemesine tevdi edildiğini öğrenen savunma avukatı müdafi (M), bu aşamada dosyayı incelemek ve dosyadan örnek almak istediğini bildiren bir dilekçeyi mahkemesine verir. İkinci bir dilekçe ile de Cumhuriyet savcısının iddianameyi yeterli delile dayanarak düzenlemediğini, olayları delillerle bağlantılandırarak açıklamadığını, müvekkilinin aleyhine ve lehine olan delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmediğini, yani müvekkili aleyhine olan hangi delile neden dayanıldığının gösterilmediğini belirterek iddianamenin iadesine karar verilmesini ve kendisinin de dinlenmesini talep eder.

Sorular:

1. Savunma avukatı müdafinin dosyayı inceleme talebini değerlendiriniz.
2. Müdafinin iddianamenin değerlendirilmesi aşamasındaki yetkisini ve somut olaydaki taleplerini tartışınız.
3. Savunmanın, iddianamenin kabulü kararına karşı başvurabileceği bir kanun yolu bulunmakta mıdır? Bu durumu değerlendiriniz.

Ders No. 3 İddianamenin Tebliği ve Duruşmada Okunması

Kullanılacak araçlar:
- Windows 7 ve MS Ofis yüklü PC/Laptop Professional [Slayt (Power Point)]
- İnternet erişimi
- Projektör ve ekran
- Not kâğıdı ve kalem
- Flipchart veya tahta ve kalem
- Ders materyali (uygulamadan örnek ilk celse tutanakları)

Dersin amacı:
Ders sonu itibarıyla katılımcılar;
- İddianamenin tebliği ile isnadı öğrenme hakkı (AİHS m. 6/3) arasındaki sıkı ilişkiyi hatırlar.
- Çelişmeli muhakeme ve savunma hakkı ile iddianamenin tebliği arasındaki ilişkiyi kavrar.
- İddianamenin içeriğinin açık, dilinin sade ve sanığın anlayabileceği bir dilde olmasının savunma hakkı bakımından önemini kavrar.
- Yabancı sanıklara iddianamenin tercüme edilerek gönderilmesinin muhakemeyi

kısaltacağını kavrar (Zira duruşmada savunma için süre istendiğinde süre verilmek zorunda kalınmaktadır.).
- Uygulamadaki eksikliklerin, örneğin, duruşmada iddianamenin özetlenmesi, okunmaması ve okundu olarak tutanaklara geçirilmesi şeklindeki uygulama hatalarının farkına varır ve bu hataların adil yargılamaya ve savunma hakkına olumsuz etkisini kavrar.
- İddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında bir hafta süre olması gerektiğini (CMK m. 176) ve savunma hakkının kullanılabilmesi ve muhakemenin uzamaması için bunun önemini hatırlar.
- Özellikle iddianamede veya tebligat metninde sanığa savunma delillerinin toplanmasını isteme hakkının olduğunun duruşmadan önce hatırlatılmasının savunma hakkı bakımından önemini kavrar.

Kullanılacak yöntem:
- Anlatım usulü
- Ders materyalini tartışmaya açma (ilk celse tutanakları)
- Vaka çalışması
- Genel tartışma

Dersin işleniş şekli:
- CMK m. 176, 177 hükmü slayt gösteri ile hatırlatılır.
- Özellikle tutuklu ve hükümlüler ile müdafisi olmayan sanıklara iddianamenin tebliğinin önemine vurgu yapılır.
- Sanığa iddianamenin tebliğ edileceğine ilişkin CMK m. 176 hükmünün savunma hakkı esas alınarak geniş yorumlandığına ve iddianamenin müdafii de tebliğin edilmesi gerektiğine dikkat çekilir.
- Tutukluya iddianame tebliğ edilirken hangi savunma delillerinin toplanmasını istediğinin sorulup sorulmadığının denetlenmesi gerektiği açıklanır.
- Tutuklu olmayan sanıklara da duruşmada kendi lehlerine olan delillerin araştırılmasını isteme haklarının hatırlatılması gerektiğine dikkat çekilir.
- CMK m. 176/4 gereğince iddianamenin tebliği ile duruşma arasında bir haftalık süre bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi gerektiğine dikkat çekilir.
- Bu süreye uyulmaması hâlinde sanığın duruşmaya ara verilmesini isteme hakkının bulunduğu ve bu hakkının kendisine hatırlatılması gerektiği açıklanır (CMK m. 190/2). İHAS hükümleri ve içtihatları gereğince sanık, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylığa sahip olmalıdır. CMK m. 190/2 hükmüne aykırılığın İHAS sözleşme hükümlerine ve içtihatlarına aykırılığa yol açacağına dikkat çekilir.
- Sanığa savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli zaman tanınmamış ise zaman isteme hakkının hatırlatılmamasının ve bu hakkının kullandırılmamasının bozma nedeni yapıldığına dair Yargıtay kararları örnek olarak dağıtılmalı ve bu tür kararların "CMK m. 190/2'ye uyulmaması bozma nedeni yapılmıştır" şeklindeki gerekçesinin, savunma hakkı esas alınarak yeniden yazılması istenir.
- Duruşmada iddianamenin özetlenmesinin veya iddianame okunmadan okundu denilerek tutanağa geçirilmesinin ne kadar hukuki olduğu, bu hâlin fikrî sahtecilik teşkil edip etmeyeceği tartıştırılır.
- İddianamenin duruşmanın başında okunmamasının sanığın savunma hakkına, daha somut bir ifadeyle sorgusundaki açıklamalarına etkisi tartışılır.
- İddianamenin aleni duruşmada okunmasının faydaları ve felsefi temelleri ortaya koyulur. (Toplu mahkemelerde diğer üyelerin ve kamunun iddiayı öğrenmesi ve karar sürecinin denetlenmesine ve savunmanın gereği gibi

yapılabilmesi için önemine işaret edilir.)

- İddianamenin duruşmanın başında okunmasının, iddianın sanığa anlatılması anlamına gelmesi gerektiği konusunda açıklamalar yapılır. Bu durumun savunma hakkının kullanılmasını etkili hâle getireceğine vurgu yapılır.
- İddianamenin okunması kavramının yorumlanması veya anlatma ile tamamlanması gerektiği konusunda farkındalık yaratılır.
- Savunmanın, sanık tarafından gerçekleştirilen bireysel savunma ve müdafi tarafından gerçekleştirilen kolektif savunma şeklinde ortaya çıktığına vurgu yapılır ve bu nedenle okumanın sanığın anlayacağı dilde ve şekilde olması gerektiği ifade edilir.

Dersin amacını kısaca tekrarlayın, katılımcılara sormak istedikleri sorular veya paylaşmak istedikleri görüşler olup olmadığını sorup dikkat ve katkılarından dolayı teşekkür edin.

Adil Yargılanma Hakkı: İddianame

6.1. İddianame

6.1.1. İddianamenin Unsurları

AİHS m. 6/3-a'ya göre suç ile itham edilen herkesin, suçlamanın niteliğini ve sebebini öğrenme hakkı vardır. Şüpheli, soruşturmanın sonunda iddianame ile isnadı ve sebebini öğrenir. İddiname isnadı öğrenme aracıdır. İsnadı öğrenme hakkı, savunma hakkının zorunlu bir ön unsurudur. Mahkeme önünde savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için iddianamenin belirli özelliklere sahip olması gerekir.

Sanık, iddianamedeki iddialara, mahkeme önündeki sorgusunda cevap verecektir. Sanığın savunma hakkını kullanabilmesi için iddianamenin yasada belirtilen tüm unsurları taşıması ve bu şekilde kabul edilmiş olması gerekir.[1] İddianamenin yasada gösterilen unsurları içermesi zorunluluğu, aynı zamanda şüphelinin gereksiz yere suçlanmasını engelleyerek lekelenmemesine de hizmet eder.

a. Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Bulunması

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğunda Cumhuriyet savcısı iddianame düzenler (CMK m. 170/2).

1412 sayılı CMUK m. 163/1'de bu husus kamu davasının açılmasına yeterli delil şeklinde ifade edilmişti. Belirtelim ki 5271 sayılı Yasa'nın bu konudaki düzenlemesi daha yerinde olmuştur. Suç şüphesi kavramı, delil kavramıyla sıkı bağlantı içerisindedir. Şüphe, ancak suçun işlendiği konusunda duyulabilir.

Ceza davasının açılabilmesi için soruşturma evresinde elde edilen delillerin, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe uyandıracak bir yoğunluğa ulaşması zorunludur. Şüpheyi ortaya koyan, delildir. Yeterli şüphe, yeterli delille ortaya konulur.[2]

Soruşturma evresinin amacı, maddi gerçeği tespit etmek değildir. Bu evrede Cumhuriyet savcısı sadece dava açmak için yeterli şüphe nedeni (delil) bulunup bulunmadığını araştırır. Cumhuriyet savcısı, suçun kanıtlanması ihtimalini zayıf görürse dava açmaz. Soruşturma evresinde şüphe, kamu davasının alt yapısını oluşturmaktadır. Şüphe, daima yanılma ihtimaliyle bağlantılıdır.

Soruşturma evresinin sonuç çıkarma aşamasında Cumhuriyet savcısı,

AİHS m.6/3-a'ya göre suç ile itham edilen herkesin suçlamanın niteliğini ve sebebini öğrenme hakkı vardır ve iddianame bunun aracını teşkil eder.

İddinamede iddia ve deliller sanığın anyabileceği şekilde açık ve net bir şekilde gösterilmiş olmalıdır.

1 Bu bölüm ve gönderme yapılan kaynaklar için bk. N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2013, 444 vd.

2 "İddianamenin ayrıntılı olması, sanığa yüklenen fiilin nelerden ibaret olduğunun hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açıklanması zorunludur. Sanık, sorgusundan önce iddianame okunduğunda üzerine atılı suçun ne olduğunu anlamalı ve buna göre savunmasını yapabilmeli, kanıtlarını sunmalıdır. Yüklenen suç belirsiz olmamalı, açık ve net olarak belirlenmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Suç yükleme niteliğine sahip olmayan belge hukuken iddianame sayılamayacağından, usulüne uygun açılmamış bir davada hüküm kurulmasının AİHS'nin adil yargılanmayı düzenleyen 6. maddesine aykırılık teşkil edeceği gözetilmelidir. Açıklamalarla desteklenip bir kısmı fiilî olgulara dayanan şikâyete konu iddiaların ispat edilememiş olmasının tek başına iftira suçunun oluşumu için yeterli sayılamayacağı gözetilip Anayasal bir hak olan şikâyet hakkının kullanılıp kullanılmadığı tartışılmalıdır." Y4CD, 11.6.2012-21275/13997

İddianame suçun işlendiğine dair yeterli şüphe üzerine düzenlenebilir.

toplanan delilleri değerlendirmek ve kamu davası açılması için aranan şartların gerçekleşmiş bulunup bulunmadığını saptamak zorundadır.[3] [4] İşin niteliği, Cumhuriyet savcısının delilleri takdir etmesini gerektirir. Yasa'da iddianamenin denetlendiği bir aşamanın öngörülmüş olması da böyle bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Soruşturma evresinde yapılacak olan değerlendirme, kamu davasının açılmasının gerekip gerekmediğini tespite ilişkindir. Suçun işlendiğine dair "yeterli delilin" bulunması hâlinde Cumhuriyet savcısı, iddianame düzenleyerek yetkili mahkemeye gönderir (CMK m.170).[5]

Cumhuriyet savcısı toplanan delilleri kamu davasının açılması için yeterli olup olmadığı noktasında değerlendirir.

Burada önemli olan, "yeterli delil"den ne anlaşılması gerektiğidir. Şüphenin derecelerine geri dönülecek olursa, mevcut delillerle bir mahkûmiyet kararının çıkması muhtemel ise yeterli şüpheden söz edilebilir. Yeterli şüphe "belirli oluşu" ifade etmez. Yeterli şüphenin varlığı hâlinde kuşku ortadan kalkmamıştır. Bu nedenledir ki Cumhuriyet savcısı kovuşturma evresinde esas hakkındaki mütalaasında beraat kararı talep edebilmektedir. Kuşkulu kalan kısım mahkeme önünde yenilmeye çalışılacaktır. Yeterli şüphe hâlinde dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Şüphelinin fail olması ihtimalinin yüksekliği önemli değildir. Önemli olan husus, dava açıldığı takdirde mahkeme önünde deliller aracılığıyla şüphelinin o suçu işlediğinin ne ölçüde tartışılabileceğinin mümkün olduğudur.

Hemen belirtelim ki şüpheden sanık yararlanır *(in dubio pro reo)* ilkesinin soruşturma evresinde doğrudan uygulanma alanı yoktur. Bu ilke, duruşmada delillerin değerlendirilmesiyle ilgilidir. Ancak, soruşturma evresinin sonunda bu ilkenin dolaylı etkisini kabul etmek gerekir. Çünkü sanık duruşmada bu ilkeden dolayı beraat edecekse, artık bu durumda suçun işlendiği konusunda yeterli şüpheden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Mahkûmiyetin gerçekleşebileceği tahmini, duruşmada mahkûmiyet için aranan tüm ölçütlerin kullanılmasını gerektirir. Cumhuriyet savcısının bakış açısına göre kovuşturulması gereken bir suçun varlığı hâlinde iddianame düzenleme yükümlülüğü doğmaktadır. Suçun her bir unsuruna ilişkin deliller yeterli dereceye ulaştığında iddianame düzenleme mecburiyeti söz konusu olacaktır.[6] Örneğin, hukuka uygunluk nedenleri bulunduğunda suçtan söz edilemeyeceğinden, bu hâlde

3 "... iddia edilen görevi kötüye kullanma ve görevliye hakaret suçlarına ilişkin delilleri değerlendirme, tartışma ve suçu nitelemenin yargılamayı yapacak mahkemenin görevi olduğu; nitekim C. savcısının dava açma görevini düzenleyen 5271 sayılı CYY.170 maddesi hükmüne göre, suçun işlendiği hususunda 'yeterli delil' değil daha geniş anlamlı bir kavram olan 'yeterli şüphe' bulunmasının, savcının dava açan iddianameyi düzenlemesi için gerekli bir neden ve zorunlu koşul olduğu kabul edilmelidir." Y4CD, 27.11.2007-8603/9977, www.kazanci.com

4 "5271 sayılı CYY'nin 170/2. maddesi uyarınca; 'soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.' Bu hüküm dolayısıyla yasa tarafından Cumhuriyet savcısına, toplanan delilleri değerlendirme yetkisi verilmiş ve yapılacak değerlendirme sonucunda yeterli şüphe oluştuğu kanısına ulaşılması durumunda kamu davasının açılması zorunlu görülmüştür. Görüldüğü üzere Ceza Yargılama Yasamız, kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsemiş ise de bu ilke Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisini ortadan kaldırmamaktadır./1412 sayılı CYY'nin 163/1. maddesinde bu konuda 'yeterli delil' ölçütünü esas almasına karşın Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.03.1983 tarihli ve 7/105 sayılı kararında da 'Cumhuriyet savcısının tüm olayları ve delilleri değerlendirebileceği ve mevcut delillerin kamu davasının açılmasını haklı gösterecek olgu ve delil olarak kabulünün mümkün olmaması durumunda takipsizlik kararı verebileceği' belirtilmiştir. ..." Y4CD, 14.10.2009-22283/16336, www.kazanci.com

5 "... Mahkemesince 5271 sayılı CMK'nın 75. maddesi uyarınca gerekli kararın verilmesinden sonra söz konusu incelemenin yaptırılarak, alınacak bilirkişi raporunun mevcut ve gerek duyulursa toplanacak diğer delillerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre iddianame düzenlenip düzenlenmeyeceğinin belirlenip, takdir edilmesi gerekir. ..." Y10CD, 15.5.2007-8598/5708, www.kazanci.com

6 "... kovuşturmaya yer olmadığına dair 15.05.2007 tarihli kararda 'şüphelinin olayın meydana gelişinde atfı kabil kusurunun bulunmadığı' gerekçesine dayanıldığı, 5271 sayılı CMK'nın 170/2 maddesi uyarınca soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaması nedeniyle iddianame düzenlenmediğinin, Cumhuriyet savcısının soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememiş olması nedeniyle CMK'nın 172/1 maddesi uyarınca yazılı şekilde karar vermiş olduğunun karar gerekçesinden açıkça anlaşıldığı, verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda CMK 171/1 maddesi kapsamında 'cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerine veya şahsi cezasızlık sebebine varlığına' dair bir gerekçeye yer verilmemiş olduğu, karara karşı yapılan itirazın da CMK 172/1 maddesi kapsamında değerlendirilip karara bağlandığının anlaşılması karşısında, ..." Y9CD, 18.3.2009-21903/3152, www.kazanci.com Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığına dair yeterli delil olması kaydıyla iddianame düzenlenebilir. Cumhuriyet savcısı, taksirli davranışın olup olmadığını da araştırmalıdır.

Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleme yükümlülüğü doğmayacaktır.

1412 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası döneminde, uygulamada savcılar delillerin mahkûmiyeti sağlamaya yeterli olup olmayacağı konusunda değerlendirme yapmamaktaydılar. Çünkü "yeterli delil" değerlendirmesi, delillerin vicdanen irdelenmesi olarak yorumlanmakta ve bu hususun mahkemenin yetkisinde bulunduğu ifade edilmekteydi[7] (1412 sayılı CMUK m. 254/1; 5271 sayılı CMK m. 217). Bu yaklaşım, açılmaması gereken birçok davanın açılması ve mahkemelerce yüksek oranda beraat kararı verilmesi sonucunu doğurmaktaydı. Bu durumu engellemek için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmiştir. Mahkeme, suçun ispatını etkileyeceği mutlak sayılan delillerin toplanmadığı gerekçesiyle iddianameyi savcılığa iade edebilecektir (CMK m. 174/1-b).

Örneğin, (B)'nin bir villayı soyduğunun iddia edildiğini ve (B)'nin bu iddiayı yalanladığını ve sadece bir tanığın olay günü (B)'yi villanın yakınlarında gördüğünü kabul edelim. Cumhuriyet savcısı, yaşam deneyimine dayanarak (B)'nin bu işi yaptığını çok güçlü bir şekilde tahmin etse bile, burada dava açılmasına yetecek bir delilin varlığından söz edilemeyecektir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda başka delil bulunmadan dava açarsa, sanık şüpheden yararlanarak beraat edecektir. Çünkü olayı doğrudan doğruya gören bir tanık yoktur. Sadece dolaylı bir tanık söz konusudur. Dolaylı deliller ise doğrudan doğruya delillerle desteklenmedikleri takdirde, tek başlarına vicdani kanaati oluşturmakta genellikle belirleyici rol oynayamazlar. Cumhuriyet savcısının bu değerlendirmeyi soruşturma evresinde yapması, onun delili değerlendirmesi anlamına gelmez.

Delillerin yeterli bir şüphe oluşturup oluşturmadığı konusunda karar verme, Cumhuriyet savcısının takdirindedir. Adalet Bakanı, adli-idari bir organ olarak nitelendirilen Cumhuriyet savcısına, idare hukukunun esaslarına göre dava açması yönünde emir verebilir. Ancak, 1412 sayılı CMUK m. 148/3'te yapılan değişiklikle Adalet Bakanı'nın bu yetkisi kaldırılmış ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda da bu yetkiye yer verilmemiştir. Yasa koyucunun bu konudaki iradesi, kanımızca savcılıklara bu noktada bağımsızlık tanımak yönündedir.[8]

Ancak, başsavcının diğer Cumhuriyet savcıları üzerinde denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle başsavcı, Cumhuriyet savcılarına dava açmalarını emredebilir ve olaya el koyan Cumhuriyet savcısının yeterli delil değerlendirmesine müdahale edebilir. Başsavcılık teşkilatının bir bütün olduğu ve savcıların tüm kararlarını başsavcılık adına verdikleri düşünülecek olursa, bu sonucun olağan olduğunu söylemek gerekecektir.

b. İddianamenin Diğer Unsurları

Tüm hâkimlik ve mahkeme kararları, karşı oy yazıları da dâhil, gerekçeli olmak zorundadır (Ay m. 141/3; CMK m. 34). Mütalaa (görüş) niteliğindeki kararlarda ise gerekçe gösterilmesi yararlı olmakla birlikte, yasal zorunluluk değildir. Ancak, istisna olarak bazı mütalaalarda belli hususların gösterilmesi zorunlu kılınabilir.

7 M. Aydın, "Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, 5-8 Nisan, İzmir 2000, 642. Cumhuriyet savcısının tüm olayları ve delilleri değerlendirebileceği ve mevcut delillerin kamu davasının açılmasını haklı gösterecek olgu ve delil olarak kabulü mümkün olmadığı takdirde, takipsizlik kararı verebileceğine ilişkin YCGK'nin 7.3.1983 gün ve 1983/7-105 sayılı örnek kararı için bk. A. Kaynak, "Hazırlık Soruşturmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi", ABD, 1998/2, 59 vd.

8 Savcıların bağımsızlığı konusundaki gelişmeler hakkında bk. N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2013, §6-III-1-c-bb.

İddianame savcıların isnada ilişkin gerekçeli mütalaasıdır. Suçlayıcı olan bu görüşün gerekçelerinin gösterilmesi zorunludur.

İddianame, savcının mütalaasıdır. Cumhuriyet savcısı, bu belgeyle olaya ilişkin görüşünü ortaya koyar. Yasa koyucu, iddianamede nelerin gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.[9] Cumhuriyet savcısının gerekçe göstermesi, iddianamenin mütalaa olma niteliğini etkilemeyecektir. Mütalaa niteliğindeki yargılar bağlayıcı olmadığından, Cumhuriyet savcısı davayı açtıktan sonra duruşmada ortaya konulup tartışılan delillere göre esas hakkındaki görüşünü değiştirebilecek, örneğin sanığın beraatini isteyebilecektir.

Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede yer verilecek olan bilgiler şunlardır (CMK m. 170/3):

1. Şüphelinin kimliği 2. Müdafinin kimliği 3. Öldürülen, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği 4. Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya yasal temsilcisinin kimliği 5. Açıklanmasında sakınca bulunmayan hâllerde, ihbarda bulunan kişinin kimliği 6. Şikâyette bulunan kişinin kimliği 7. Şikâyetin yapıldığı tarih 8. Yüklenen suç ve uygulanması gereken yasa maddeleri 9. Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi 10. Suçun delilleri 11. Şüphelinin tutuklu olup olmadığı, tutuklanmışsa, gözaltına alma ve tutuklama tarihleriyle bunların süreleri.

İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır (CMK m. 170/4).

İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür (CMK m. 170/5).

İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili yasada öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbiri açıkça belirtilir (CMK m. 170/6).

İddianamenin düzenlenmesi, dava zaman aşımını keser (TCK m. 67/2-c). İddianame, mahkemesine verilmiş olmakla düzenlenmiş sayılır.

Suçun madde itibariyle yetkili (görevli) mahkemede açılması sanık için bir teminattır.

aa. Yer ve madde yönünden yetkili mahkemenin gösterilmesi: İddianame, yargılamayı yapacak olan mahkemeye hitap etmelidir. Bu nedenle, yer yönünden yetkili mahkeme belirlenmelidir. İddianame, yetkili mahkemeye yönelik olmalıdır (CMK m.12-15). Cumhuriyet başsavcılığının yetkisi, yanında bulundukları mahkemeye göre belirlenir.[10] Bu nedenle başsavcılık, yanında bulunduğu mahkemeyi davanın adresi olarak gösterir.

Cumhuriyet savcısı, iddianamede madde yönünden yetkili (görevli) mahkemeyi de (ağır, asliye) göstermek zorundadır. Madde yönünden yetki (görev) kuralları ya suçun niteliğini ya da suç için öngörülen soyut cezayı ölçüt olarak almaktadır. Soyut cezanın esas alındığı hâllerde savcı, suç için yasada öngörülen soyut üst cezaya göre madde yönünden yetkili mahkemeyi belirlemelidir (Adli Teşkilat K. m. 14).

9 Mütalaa, "bana kalırsa böyledir", "şimdilik böyle düşünüyorum" deme ve görüşünü değiştirme olanağını saklı tutma demektir. Hâkim kararları, ister ara karar olsun, isterse son karar olsun uyuşmazlığı çözüp atan kararlar olduklarından, hâkimin kendisinin bu kararını değiştirmesi kural olarak mümkün değildir. Bu açıdan, mütalaa niteliğindeki kararlardan farklıdır.

10 26.9.2004 gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 16: "Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede, o il veya ilçenin adı ile anılan bir Cumhuriyet başsavcılığı kurulur." RG 7.10.2004 No. 25606

Olayda, cezayı ağırlaştıran hâller mevcut ise ve bu hâllerin varlığı, suçu nitelikli suça dönüştürmüşse, görevli mahkeme bu suçun cezası esas alınarak belirlenir.[11] Ancak, basit veya nitelikli olsun, suçun cezasında belli bir oranda indirme ve artırma yapılmasını gerektiren hafifletici ve ağırlaştırıcı sebepler mahkemenin madde yönünden yetkisini tayinde dikkate alınmaz (Adli Teşkilat K. m. 14). Örneğin, basit yaralama suçu silahla işlenirse, suçun cezası yarı oranında arttırılır (TCK m. 86). Cumhuriyet savcılığı iddianamesinde madde yönünden yetkili (görevli) mahkemeyi basit yaralama suçunun cezasına göre belirleyecek, ağırlatıcı nedenden kaynaklanan artırımı dikkate almayacaktır.

bb. Şüphelinin ve diğer kişilerin kimliğine ilişkin bilgiler: İddianamede şüphelinin kimliği belirtilmelidir. Kimlik bilgileri; şüphelinin soyadını, adını, adresini, medeni hâlini, doğum yerini, doğum tarihini ve tabiiyetini içerir. Küçük şüphelilerin yasal temsilcisinin adına ve adresine de yer verilmelidir. Ayrıca, şüphelinin müdafisine ve özellikle onun seçilmiş mi yoksa atanmış mı olduğuna dair bilgiye yer verilmelidir. Çünkü mahkemenin atanmış olan müdafiyi denetleme yetkisi vardır (CMK m. 151/1).

Kimliği konusunda konuşmayan şüpheli hakkında, iddianame düzenlenerek dava açılabilir. Önemli olan, şüphelinin birey olarak belli olmasıdır.

Ayrıca, şu kişilerin kimliklerine ilişkin bilgilerin de iddianamede yer alması gerekir: Öldürülen, mağdur veya suçtan zarar gören; mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili, yasal temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması koşuluyla ihbar ve şikâyette bulunanlar.

cc. Suça ilişkin bilgiler:

aaa. Yüklenen suçun unsurlarına ilişkin bilgiler:

İddianamede, suçun unsurlarının hem soyut hem de somut bir şekilde belirtilmesi gerekir. Suçun soyut unsurlarıyla kastedilen, suçun yasadaki tanımıdır. Örneğin, hırsızlık, TCK'nın 141. maddesinde "zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma" şeklinde tanımlanmıştır. Bu soyut suç tanımının, somut şekle dönüştürülmesi, olayın açıklanması gerekir.[12] Örneğin, (A), (B)'nin kasasındaki paralarını (taşınabilir malını), onun evde bulunmadığı öğlen saatinde (rızası hilafına) almıştır.[13]

Olay anlatılırken suçun unsurlarını teşkil eden hususlar, yasadaki ifadeler kullanılarak vurgulanmalıdır. Örneğin, bir yağma suçu söz konusu ise TCK m. 148'e uygun olarak anlatılmalıdır: (A)'nın, bankadaki veznedarı,

İddianamede olay, suçun kanuni unsurlarının denetimine imkân verecek şekilde ortaya koyulmalıdır.

11 YİBK, 1.2.1943-39-9

12 "Dava açan iddianamede eyleminin anlatılmaması nedeniyle yalnızca sevk maddesinin gösterilmesinin yeterli olmayacağı gözetilmeden dava açılmayan bir suçtan hüküm kurulması, ..." yasaya aykırıdır. Y4CD, 18.6.2012-14380/14764, www.kazanci.com

13 "Nitelikli hırsızlık suçunda; yeni Türk ceza adalet sisteminde benimsenen, 'Kişilerin Lekelenmeme Hakkı' ile 'Eksiksiz Soruşturma ve Tek Celsede Duruşma' prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının makul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yani bir nevi filtre görevi yapmaları gerekir. ... Cumhuriyet savcısının, suça konu malın kime ait olduğunu araştırmadan ve bunun nereden, ne şekilde alındığını belirlemeden iddianame düzenlemesi hukuka aykırıdır." Y13CD, 30.11.2011-17629/6976, www.kazanci.com

kasadaki paraları (bir malı), onu silahla öldüreceğini söyleyerek (tehdit ederek veya cebir kullanarak) kendisine vermeye (malı teslime) zorladığının gösterilmesi gibi. Suça teşebbüs söz konusu ise suça teşebbüs edildiği ancak icra hareketlerinin tamamlanmadığı veya neticenin meydana gelmediği belirtilmelidir. İştirak söz konusu ise olaydaki suç ortağının yardım şekli açıkça ortaya konulmalıdır. Cumhuriyet savcısı olayı öyle ifade etmelidir ki iddianame okunduğunda suçun tüm yasal unsurlarının gerçekleştiği anlaşılabilsin.

Örneğin, sanığın önceden mağdurla arasında ihtilaf bulunduğuna ilişkin bilgiler, sanıkla mağdur arasındaki ilişki suçun yasal unsurlarına girmez. Suçun yasal unsuru kapsamında olan, "sanığın elindeki bıçağı üç kez maktulün yaşamsal bölgelerine saplamış ve onu öldürmüş olması"dır. Olayın hikâyesi ve unsurlar dışında kalan hususlar da suçla ilgili bilgiler olarak iddianamede yer almalıdır.

Unsurlar dışında kalan, ancak mahkemede cezanın hesaplanmasında (TCK m. 61), ertelenmesinde (TCK m. 51; CGİK m. 104), kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde (TCK m. 50) ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinde (TCK m. 53-60) etkili olacak olaylar zikredilmelidir. Suç tanımına uygun olarak olayın anlatılmasından önce, sanığın kişiliğine ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin verilmesi gerekir. Soruşturmadan edinilen esaslı neticelerin kapsamı, olayın özelliğine göre oluşur. Örneğin, faille mağdur arasındaki suç öncesi ilişki, suçun gerçekleştiği saat, failin suçtan sonraki tavrı, failin saiki gibi hususlar bu kısımda belirtilmelidir.

Cezaya etki eden nedenler de delillendirilmelidir.

Belirtelim ki suç unsuru teşkil eden veya cezaya etki eden olayların ayrıca delillendirilmesi gerekir. Cumhuriyet savcısı soruşturma biraz ilerledikten sonra suçun hukuki nitelemesini düşünmeli ve suçun yasal tanımındaki unsurlarına yönelik araştırma yapmalıdır. Ancak böyle bir soruşturmadan sonra kaleme alınan iddianame yasal unsurları taşıyabilir.

Özel hayat olaylarına, suçun maddi unsurunu teşkil etmiyorsa veya isnat edilen fiilin anlatılabilmesi için bahsedilmesi zorunlu değilse iddianamede yer verilmez. Bu tip olaylara iddianamede yer verilmiş olması özel hayatın gizliliğini ihlal teşkil eder ve kişiyi sorumluluktan kurtarmaz. Bu bilgilere iddianamede yer verilmesi görevin ifası hukuka uygunluk nedeni içinde değerlendirilemeyeceği gibi AİHS m. 8'e aykırılık da söz konusu olabilir.

Sanığa isnat edilen olayla ilgisi olmayan özel hayata ilişkin bilgilere iddinamede yer verilmez.

bbb. Yüklenen suça uygulanması gereken yasa maddeleri: İddianamede, ceza yasasının olaya uygun genel hükümleri ve suça ilişkin hükümler, madde olarak gösterilmelidir. Özel ceza yasalarının uygulanması gerekiyorsa onlar da belirtilmelidir. Ancak, bu hükümlerin gösterilmesi yeterli değildir. Ayrıca, "cezalandırma" veya güvenlik tedbirinin uygulanması da talep edilmiş olmalıdır.

İddianamede bir olay anlatılırken diğer olaydan söz edilmesi, o olay hakkında dava açıldığını göstermez.[14] Savcılığın, her fiili bağımsız bir suç tanımına uygun olarak nitelendirmesi ve sevk maddesi denilen cezalandırılmanın istendiği yasa maddesini de göstermesi gerekir.[15]

14 "... somut olayda ... tarihli iddianamenin anlatım kısmında sanığın üzerine atılı hakaret suçu açıklanırken trafik ekip otosunu yumrukladığının belirtilmiş olmasının mala zarar verme suçundan dava açıldığını göstermeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde bu suçtan da mahkûmiyet kararı verilmesi kanuna aykırıdır." Y9CD, 23.9.2008-11514/10226

15 Y5CD, 6.10.1993-2691/2979

ccc. Suçun işlendiği yer ve zamana ilişkin bilgiler: İddianamenin suça ilişkin bilgiler kısmında suçun işlendiği yer ve zaman gösterilmelidir. Suçun işlendiği zaman, dava zaman aşımını belirlemek açısından önemlidir. Ayrıca bu bilgiler, uyuşmazlığın sınırını çizmek ve bu olayın başka olaylarla karışmasını engellemek açısından önem taşır.

Hukuki savunmanın yapılabilmesi için olaya uygun kanun maddelerinin (yani sevk maddelerinin) gösterilmesi gerekir.

Suçun hareketleri birçok yerde gerçekleşmişse veya suç mütemadi bir suç ise bunlar da gösterilmelidir. Davasız yargılama olmaz ilkesi karşısında, mutlaka olayı diğer olaylardan ayırt edebilecek ölçütlere iddianamede yer verilmelidir. Olayın başka olaylarla karışma ihtimali yoksa suç tarihi olarak 1998-1999 tarihleri arasında veya 2002 yılında gibi bir ifade kullanılabilir. Bu hâlde, şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulayarak suçun işlendiği tarihi belirlemek ve dava zaman aşımını değerlendirmek mahkemenin yetkisindedir.

Zaman aşımı süresi açısından belirleyici olan, iddianamede gösterilen suç ile uygulanması önerilen yasa hükümleridir. Ancak, mahkeme duruşmada ortaya çıkan nedenlerle suçun niteliğinin ağırlaştığını kabul ederek görevsizlik kararı vermişse, bu kez zaman aşımı açısından yeni suç tipinin cezası göz önünde bulundurulacaktır. Mahkemenin madde yönünden yetkisini (görevini) etkilemediği hâllerde, duruşmada ortaya çıkan ağırlaştırıcı nedenleri dikkate alarak dava zaman aşımını belirlemesi, ihsası rey olarak değerlendirilebilir. Bu hâlde, hâkimin tarafsızlığını kaybettiği gerekçesiyle ret davası ve masumiyet karinesi ile adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla Anayasa[16] ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yolu açılabilir. Belirtelim ki böyle bir uygulama, davasız yargılama olmaz ilkesi bakımından da sorun yaratabilir. Davada ortaya çıkan ağırlaştırıcı nedenlerden dolayı ek savunma hakkının tanınmış olması böyle bir uygulamayı meşru hâle getirmenin gerekçesi olamaz. Çünkü ek savunma verilen hâllerde, mahkemenin suçluluğu kanıtlanmış sayan bir ara kararı veya eylemi yoktur.

Suçun işlendiği yer ve zaman da savunmanın konusunu oluşturur. Yer ve zamana ilişkin bilgiler, isnat edilen fiilin somutlaştırılmasını sağlar.

Suç birçok yere dağılmışsa, yani mesafe suçu söz konusu ise bu durumda davanın açıldığı yerde de işlenildiği gösterilmeli ve diğer yerler de belirtilmelidir. Örneğin, suçun işlendiği yer İstanbul-Kadıköy ve diğer yerler gibi.

ddd. Şikâyetin yapıldığı tarihin gösterilmesi: Suç soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç ise şikâyetin gerçekleştirildiği tarih de iddianamede gösterilmelidir. Mahkeme, şikâyet hakkının suçtan zarar gören tarafından ve süresinde kullanılıp kullanılmadığını daha iddianamenin değerlendirilmesi (ara muhakeme) aşamasında dikkate alabilecek ve eksiklik söz konusu ise iddianameyi Cumhuriyet başsavcılığına iade edecektir (CMK m. 174).

Suçun işlendiği yer ve zaman da savunmanın konusunu oluşturur. Yer ve zamana ilişkin bilgiler, isnat edilen fiilin somutlaştırılmasını sağlar.

eee. Suçun delilleri:

İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır (CMK m. 170/4). Bu sayede şüpheli, hangi olayla ilgili karşı delil getirebileceğini öğrenmiş olur.

İddianamenin değerlendirilmesi aşamasında bu delillerin suçun işlendiğini yeterli derecede ortaya koyup koymadığı değerlendirilecektir. İddianamede, suçun şüpheli tarafından işlendiğini gösteren yeterli delile yer

16 30.3.2011 gün ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 45-51, RG 2.4.2011 No. 27894

verilmemişse, bu iddianame Cumhuriyet başsavcığına geri gönderilecektir (CMK m. 174/1-b).

Delillerin iddianamede tek tek gösterilmesi çok önemlidir. Bir delil unutularak iddianamede gösterilmezse, örneğin bir tanığın adı bildirilmezse, doğal olarak bu tanık duruşmaya çağrılmayacak; duruşma sırasında delil araştırılması (tevsii tahkikat/soruşturmanın genişletilmesi) talebiyle bu tanığın daveti istenecektir. Ancak, bu durumda delilin kabulü konusunda mahkeme karar verecektir. Belki de mahkeme, ret sebeplerinden birini gerekçe göstererek talebi reddedecektir (CMK m. 206). Dava ekonomisi açısından, iddianamede delillerin tam ve doğru gösterilmesi önemlidir. Delillere sadece değinilmesi yeterli olmamalıdır. Sanığın, dürüst (adil) yargılanma hakkı çerçevesinde, neden kendisinin anlattıklarına değil de tanıkların beyanlarına itibar edildiğini öğrenme hakkı vardır. Ayrıca, mahkemenin de iddia makamını iddianame düzenlemeye yönelten düşünce biçimini öğrenme hakkı vardır. Örneğin, kan gütme saikiyle adam öldürme söz konusu ise kan gütme saikinin somut olayda neden gerçekleşmiş sayıldığının delilleriyle ortaya konulması gerekir. Hatta olayların kapsamlı olduğu hâllerde, kaçıncı sayfadaki delile dayanıldığının da iddianamede belirtilmesi, Alman uygulamasında önerilmektedir.

Deliller arasında sanık ve sanığın beyanının özeti; tanıkların adı, soyadı ve adresleri; bilirkişilerin adı, soyadı ve adresleri ile belge delilleri ve emarelerin nelerden ibaret olduğu gösterilmelidir. Bunlar duruşmada keşfe konu olurlar. Belge delillerinin fotokopisinin iddianameye eklenmesi mümkündür.

dd. İddianamenin sonuç kısmında yer alması gereken hususlar: İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil lehine olan hususlar da delilleri belirtilerek ileri sürülür (CMK m. 170/5).

Ayrıca iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir (CMK m. 170/6).

İddianamenin sonunda, "kamu davasının açılması" talep edilmektedir. Ancak, bu talep zorunlu olmamalıdır. Çünkü iddianamenin yetkili mahkemeye verilmesi zaten bu anlamı taşımaktadır. İddianamenin sonuç kısmında yaptırımın gösterilmesi, kamu davası açılma isteğini ortaya koyar niteliktedir.

Cumhuriyet savcılığının iddianameyle ek bazı taleplerde bulunması da mümkündür. Örneğin soruşturma evresinde, suçtan zarar gören, kamu davasına katılma talep etmiş olabilir. Cumhuriyet savcılığı bu talep konusunda mahkemenin karar vermesini ister. Veya sanığa zorunlu müdafi tayin etmeyi gerektiren koşullar bulunduğunda, Cumhuriyet savcısı baro aracılığıyla müdafi tayin ettirilmesini talep edebilir.

6.1.2. Tutuklu İşlerde İddianamenin Özelliği

Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmışsa, gözaltına alma ve tutuklama tarihleriyle bunların sürelerine de iddianamede yer verilir.

Tutuklu işler, adli tatil süresince de görülen acele işlerden sayılmaktadır (CMK

m. 331/2). Çünkü henüz suçluluğu belirlenmeden kişinin özgürlüğünün kısıtlanmış olması, muhakemenin hızlandırılmasını gerektiren bir durumdur.

Kural olarak, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi, en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hâllerde gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hâllerde gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez (CMK m.102/1-2). Bu hükmün uygulanmasına olanak sağlayabilmek için iddianamenin başına "tutuklu" yazılır. İddianamede sanığın nerede ve hangi tarihte tutuklandığı belirtilir. İddianamenin değerlendirilmesi aşamasında mahkeme, bu uzatma kararlarını, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşlerini aldıktan sonra verir (CMK m. 102/3).

Tutuklu işlere ilişkin iddianamenin bir örneğinin tutuklama kararını vermiş olan sulh ceza hâkimliğine gönderilmesi önerilebilir. Yasada, Cumhuriyet savcısına böyle bir yükümlülük getirilmemiştir. Ancak, böyle bir uygulama yararlı olacaktır. Çünkü soruşturma evresinde görev yapan sulh ceza hâkimi bu yolla Cumhuriyet savcısının veya şüphelinin istemi üzerine en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun devamını gözden geçirme yükümlülüğünün sona erdiğini ve bu yetkinin artık mahkemeye geçtiğini öğrenecektir (CMK m. 108/1).

6.1.3. Ceza Davası Açılmasının Sonuçları

İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar (CMK m. 175/1). Geniş anlamda kovuşturma evresi; duruşma hazırlığı, duruşma, duruşmadan sonuç çıkarma (hüküm) ve kanun yolu aşamalarından oluşur (CMK m. 2).

Kamu davasının açılmasıyla birlikte, gizlilik ilkesi yerini aleniyet ilkesine bırakır. Ayrıca Cumhuriyet savcısının muhakeme üzerindeki tekeli ortadan kalkar ve artık mahkeme, muhakemenin efendisi hâline gelir. Bu, davanın açılmasından sonra talepler konusunda mahkemenin karar vereceği anlamına gelmektedir. Cumhuriyet savcısı, karar veren konumundan, talep eden konumuna geçer.

Öte yandan, davanın açılmasıyla birlikte, soruşturma evresinde savcı tarafından talep edilen tutuklama, arama, el koyma gibi koruma tedbirlerine karar vermeye yetkili olan sulh ceza hâkimliğinin yetkisi sona erer.

Kendisine suç isnat edilen kişi, o ana kadar şüpheli sıfatını taşırken kamu davasının açılmasıyla birlikte sanık statüsüne girer (CMK m.2).

6.2. İddianamenin Değerlendirilmesi

6.2.1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Dönemi

a. 1985 Tarihine Kadar Olan Dönem

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'na göre ceza muhakemesi, ön soruşturma (davanın hazırlanması) ve son soruşturma (davanın görülmesi) olmak üzere iki büyük safhadan meydana gelmekteydi. Ön soruşturma safhası ise hazırlık soruşturması ve ilk soruşturma (ilk tahkikat) olmak üzere iki devreye ayrılmıştı. Ceza muhakemesindeki bu durum, 1985 yılına kadar devam etmiştir.

son soruşturmayı hazırlamaktı. Böylece, gereksiz duruşma yapılması engellenmiş olacaktı. Bu devrede görev yapan sorgu hâkimince, zayıf isnatların ayıklanması, bunların mahkemeye gönderilmemesi hedeflenmekteydi. Özellikle, ağır suçlar için kabul edilen bu devrede, delil toplanmakta ve her türlü koruma tedbirine başvurulmaktaydı.

Cumhuriyet savcılığının, ilk soruşturma açılmasını istediği belgeye, talepname denilirdi. Talepnameyle savcılık, uygun gördüğü ağır suçlarda sorgu hâkiminin, delillerin son soruşturmaya geçmek için yeterliliği konusunda karar vermesini yani ilk soruşturma yapmasını talep ederdi. Sorgu hâkimi, bu istemi kabul ederse olayın özelliğine göre delil toplar ve iddia makamından, yedi gün içinde son soruşturmaya geçilip geçilmemesi konusunda mütalaasını bildirmesini isterdi. Cumhuriyet savcısının, son soruşturmanın açılması yönündeki mütalaası, iddianame olurdu. Bu iddianame, gerekçeli yazılmalı ve sanığa tebliğ edilmeliydi. Sanık, üç gün içinde iddianameye karşı söyleyeceklerini bildirirdi. Sorgu hâkimi, iddia ve savunmanın mütalaalarını değerlendirdikten sonra, ek soruşturmaya gerek görmezse son soruşturmanın açılmasına (lüzum-u muhakeme) karar verirdi. İlk soruşturmada, isnadın mahkemeye götürülecek güçte olmadığı kanaatine ulaşıldığında ise son soruşturmaya geçmeme (men'i muhakeme) kararı verilirdi. Bu aşamada, iddianın bir hâkim tarafından denetlenmesi söz konusuydu. Böylece kişilerin, adli-idari görev ifa eden bir süjenin yani savcının iddiasıyla mahkeme önüne çıkması engellenmekteydi.

Ancak, sorgu hâkimliği ve ilk soruşturma devresi işleri uzattığı gerekçesiyle 1985 yılında kaldırılınca,[17] artık son soruşturmaya iddianameyle geçilmeye başlandı.[18]

Bu Yasa'yla ön soruşturma safhası, hazırlık soruşturması devresinden ibaret kalmıştır. Doğal olarak muhakemenin safhaları da hazırlık soruşturması ve son soruşturma safhası şekline dönüşmüştür.

İlk soruşturma benzeri uygulamalar, hukukumuzda artık sadece özel yasalarda, bazı kişiler açısından güvence olarak varlığını sürdürmektedir.

b. 1985 Tarihinden Sonraki Dönem

Sorgu hâkimliği ve ilk soruşturma devresinin 1985'te kaldırılması, öğretide eleştirilmiş ve son soruşturma (kovuşturma) evresine hâkimlik güvencesi bulunan bir süjenin kararıyla geçilmemesi, eksiklik olarak değerlendirilmiştir.

1985 tarihinden itibaren, iddianın duruşmaya geçilemeyecek kadar zayıf olduğunun veya gerekli unsurları taşımadığının anlaşılması hâlinde, iddianamenin reddi veya duruşmaya geçmeme kararı verilmesi mümkün olmamaktaydı.

Ancak, öğretide, aleni duruşmaya geçmeden önce Cumhuriyet savcısı tarafından açılan kamu davasının, şüphenin kuvvet derecesi yönünden bir yargı makamınca denetlenmesinin doğru olacağı, bunun da duruşma hazırlığında davanın (iddianamenin) kabule şayan olup olmadığı konusunda karar verilerek sağlanabileceği

17 Bk.21.5.1985 gün ve 3206 sayılı K. m. 82; İlk soruşturmanın, hâkimi, iddia eden savcı durumuna soktuğu, sorgu hâkiminin, sanığın aleyhine delil topladığı ve savcının yardımcısı gibi çalıştığına dair eleştiriler için bk.Tosun, II (1976), 107

18 Alman uygulamasında da ara muhakemenin aslında amacını gerçekleştirmediği, bu yolla çok az duruşmanın engellendiği, ara muhakemenin sadece sanık lehine bir denetime yaradığı belirtilmektedir.

belirtilmekteydi. Böyle durumlarda, iddianamenin reddi kararı verilmesi önerilmekteydi. Nitekim 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'na göre, ceza davası niteliğinde olan şahsi dava söz konusu olduğunda mahkeme, davanın açılması veya davanın reddi kararı verebilmekteydi (1412 sayılı CMUK m. 352).

Uygulamada, iddianamede hangi suçtan dolayı dava açıldığının anlaşılamadığı hâllerde, dosyanın Cumhuriyet savcılığına gönderildiği görülmekteydi.[19] Kanımızca, gereği yapılmak üzere ilgili makama geri gönderme kararı da bir anlamda iddianamenin reddi kararı niteliğindeydi.

Ayrıca uygulamada iddianamenin imzalanmadığı hâllerde usulen açılmış bir kamu davası bulunmadığından,[20] verilen hüküm bozulmaktaydı.[21] Öte yandan, aslına uygunluğu onaylanmayan fotokopi iddianameye dayanılarak hüküm verilmesi de yasaya aykırı bulunmaktaydı.[22] Belirtelim ki imza bir işlemin esaslı unsurudur. Bulunmaması, işlemdeki irade unsurunun yokluğunu gösterir ve söz konusu işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirir. İddianamenin değerlendirilmesine olanak tanıyan bir ara kurum, muhakeme aşamasında bu tür sorunların ortaya çıkmasını da engellemektedir. Türk uygulaması, bu ara kurumun yokluğunun ortaya çıkarttığı sorunları görmüş ve çözüm üretmiştir.

Ayrıca öğretide, iddianamedeki eksikliklerin yeni olgu ve hukuki durum olarak değerlendirilebileceği; mahkemece resen veya istem üzerine 1412 sayılı CMUK m. 258/4'e göre, iddia ve savunmanın gereği gibi hazırlanması için muhakemeye ara verilebileceği de belirtilmekteydi.[23]

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1999 Tasarısı'nda, iddianamenin reddi kurumu düzenlenmişti (Tasarı m. 168-169). Bu Tasarı, yapılan değişikliklerle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası olarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

6.2.2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Dönemi

a. Genel Olarak

Ceza muhakemesi, daha önce değinildiği gibi soruşturma evresi, iddianamenin değerlendirilmesi (ara muhakeme) ve kovuşturma evresi olmak üzere üç aşamada incelenmektedir.

İddianamenin hâkimlik güvencesine sahip bir yargı süjesi tarafından denetlenmesi ve hâkimin iddianamenin kabulü kararıyla kamu davasına başlanması, şüpheli açısından bir teminattır çünkü kamu davasının açılmasıyla iddia aleniyet kazanmaktadır. Kamu davasının (kovuşturmanın) aleniliği, temel bir muhakeme ilkesidir. İddianamenin suçluluk konusunda yeterli delile ulaşılmadan düzenlenerek kamu davasının açılması hâlinde, şüphelinin lekelenmeme hakkı ihlal edilmiş olur. Suç isnadına ilişkin haberler, kamuoyuna hemen yansıtılmakta, buna karşılık

19 "Öncelikle CMUK'un 163. maddesine uygun bulunmayan iddianamenin düzeltilmesi, sanık hakkında hangi suç veya suçlardan dolayı kamu davası açıldığının açıklanması ve her suç için uygulanması istenen yasa maddelerinin ayrı ayrı gösterilmesi için dosyanın C. savcılığına tevdisi, sözü edilen hususların ikmalinden sonra tutanağı düzenleyen Ali duruşmaya çağrılarak ... kendisinden aydınlatıcı izahat alınması" gerekir. Y3CD, 26.10.1982-7626/7497, YKD IX, 1 (Ocak 1983)119-120

20 Y6CD, 14.2.1984-7290/841

21 Y6CD, 28.12.1984-9014/1402

22 Y7CD, 21.1.1974-298/184

23 Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2003), 304

beraat kararlarına aynı yoğunlukta ilgi duyulmamaktadır. Böylece, beraat edenler kamuoyunun gözünde suçlu kalmaktadır.

Öte yandan, böyle bir ara denetim mekanizması gereksiz davaların açılmasını engelleyerek, önemli davalara daha fazla zaman ayrılabilmesine de olanak sağlayacak, sanıkların makul süre içinde yargılanmaları mümkün olacaktır.

b. İddianamenin Değerlendirilmesi: Ara Muhakeme

aa. Yasal düzenleme:

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda iddianamenin değerlendirilmesine olanak tanınmıştır.

İddianamenin iadesi kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'yla birlikte hukuk sistemimize farklı kapsamda yeniden girmiştir.

Gerekli bilgileri içermeyen iddianame, iade edilecektir. Böylece, iddianamenin incelenmesi ve gerekiyorsa iade edilmesi yaptırımının uygulanması sürecini, bir ara muhakeme olarak nitelendirmek mümkündür.

İddianamenin iadesi kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'yla birlikte hukuk sistemimize girmiştir. Bu kurumla, iddianamelerin özensiz hazırlanması, mahkemelerin delil araştırarak zaman kaybetmesi ve davaların uzaması engellenmek istenmektedir. 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası döneminde sık karşılaşılan bu sakıncalar, yasal düzenlemeyle giderilmek istenmektedir. Olması gereken; soruşturma evresinin uzun, kovuşturma evresinin kısa tutulmasıdır. Mahkemenin asıl görevi, önüne getirilen delilleri tartışarak veya tartıştırarak bunlardan bir sonuç çıkarmak olmalıdır. Oysa uygulamada bunun tersi yaşanmış ve aşırı iş yükü dolayısıyla davalar makul süreden uzun sürmüştür.

Belirtelim ki 1412 sayılı Yasa'da yer alan, mahkeme başkanının resen tanık, bilirkişi çağırmasına ve başka delil toplanmasına karar vermesine ilişkin ilke niteliğindeki hükmün 5271 sayılı Yasa'ya alınmaması bir eksikliktir (1412 sayılı CMUK m. 214). Yasa koyucu, iddianamenin iadesi kurumuyla mahkemelerin resen delil araştırmasına gerek kalmayacağını düşünmüş olabilir. Ancak, bu şekilde yargı makamının hakem konumuna sokulması tehlikesi doğmuştur.

bb. Ara muhakemenin yapılması:

aaa. Yetkili makam ve inceleme süresi: Cumhuriyet başsavcılığı adına hazırlanan iddianame ve soruşturma dosyası, savcılığın değerlendirmelerine göre, o suçu yargılamakla yetkili (görevli) mahkemeye verilir.

Mahkeme, iddianame ve soruşturma evrakının teslim edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde tüm soruşturma evrakını ve iddianameyi inceler.

Mahkeme, bu inceleme sırasında şu konuları gözden geçirir: 1. İddianamenin CMK m. 170'de belirtilen unsurları taşıyıp taşımadığı 2. Suçun ispatına etki edeceği mutlak sayılan delillerin yeterince araştırılıp araştırılmadığı,[24] başka bir anlatımla

24 Yasa'da, iddianamenin "suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan" düzenlenmesi iade sebebi olarak gösterilmiştir (CMK m. 174/1-b).

soruşturmanın eksik olup olmadığı 3. Suçun ön ödeme veya uzlaşma yoluyla çözümlenecek bir suç olup olmadığı. İnceleme, bu üç hususla sınırlıdır. Bu nedenlerin arasında yer almayan bir nedenle iddianame iade edilemez.

İnceleme sonunda, bir eksiklik veya hata tespit edilirse, bunlar belirtilerek iddianamenin Cumhuriyet başsavcılığına iadesine karar verilir (CMK m. 174/1).

Yasa'da, iddianame ve soruşturma evrakının mahkemeye fiilen teslim edildiği (tevzi sonucunda kendi sistemine düştüğü) tarihten itibaren on beş gün içinde, iddianamenin iadesine veya kabulüne karar verilmesi öngörülmüştür. Belirtelim ki bu süre iddianamenin teslim edildiği (tevzi sonucunda kendi sistemine düştüğü) günden başlar.[25] [26] Çünkü mahkeme, iddianame kendisine teslim edilir edilmez inceleme olanağına kavuşmaktadır. Bu nedenle, süreyi teslim saatinden başlatmak ve her günü 24 saat üzerinden hesaplamak gerekecektir. On beş günlük süre gün ortasında bittiğinde, bu süreyi o günün mesai bitimine kadar uzatmak uygulamaya ve yasal hükümlere uygun olacaktır. Söz konusu süre, düzenleyici süre niteliğindedir. Sürenin iddianamenin kabulü konusunda karar verilmeden geçirilmesinin yaptırımı yoktur; iddianame kabul edilmiş sayılır.

bbb. İddianamenin kabulüne veya iadesine karar verilmesi: On beş günlük süre içinde iddianamenin iadesi veya kabulü konusunda bir karar verilir. Bu süre içinde bir karar verilmemişse, iddianame kabul edilmiş sayılır (CMK m. 174/3). Yasa'da, iddianamenin kabul edilmiş sayılacağı hâllerde, ayrıca kabul kararı verilip verilmeyeceği gösterilmemiştir. Kanımızca, bu hâlde de süresi içinde inceleme sonuçlanamadığı gerekçesiyle yeniden iddianamenin kabulüne karar verilmelidir. Çünkü Yasa'da, mahkeme başkanı veya hâkimin, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklaması hükme bağlanmıştır (CMK m. 191). O hâlde, bu hükmün gereğinin yerine getirilebilmesi için, her durumda iddianamenin kabulü kararı verilmesi gerekir.

Yeterli delil toplanmadan veya yeterli delil olmasına rağmen sübuta etki edeceği kesin sayılan bir delil toplanmadan iddianame düzenlenmesi, iade nedenidir.[27] [28] Buna karşılık, şüphelinin ifadesinin alınmaması[29] veya müdafi

25 İddianame, istinabe evrakı ve diğer işler, puanlama yöntemine göre mahkemelere tevzi edilir. Her mahkemeye eşit puanda iş gönderilmesi esastır. Mahkemeler (mahkemelerin daireleri arasında), dava ve işlerin tevzii hakkında bk. Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 86, RG 6.8.2013 No. 28730

26 "İddianamenin değerlendirilmesi kaydı, iddianame ve soruşturma evrakının UYAP'tan mahkemeye gönderildiği tarihten başlayıp, mahkemece kabul veya iadesine karar verildiği tarihe kadar geçen sürecin safahatının işlendiği kayıttır." Yazı İşleri Hizmet Y. m. 57/1, RG 6.8.2013 No. 28730

27 Y6CD, 20.2.2006-13667/1455. www.kazanci.com; Örneğin suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bilirkişi raporu alınmadan veya tanık dinlenmeden iddianame düzenlenmiş olması iade nedeni olacaktır.

28 "Yeni Türk ceza adalet sisteminde benimsenen, 'kişilerin lekelenmeme hakkı' ile 'eksiksiz soruşturma ve tek celsede duruşma' prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının makul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları yani bir nevi filtre görevi yapmaları gerekir./Bu prensiplerin hayata geçirilebilmesi için mevzuatımızda ilk defa, 5271 sayılı CMK'nın 160/2. maddesi hükmü ile soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılarına şüphelinin lehine olan delilleri (de) toplama ve şüphelinin haklarını koruma yükümlülüğü getirilmiş, ayrıca 170 ve 174. madde hükümleri ile de iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmiştir./Soruşturma evresi uzun sürebilir. Ancak, kovuşturma evresinin yeni bir delil toplanmasına gerek kalmadan ve bir iki celsede bitirilmesi hedeflenmiştir./5271 sayılı CMK'nın 170. maddesinin 3. fıkrasının c) bendinin açık hükmüne göre, iddianamede gösterilmesi gereken hususlar arasında mağdurun kimliği de sayılmıştır./Nihayet, 5271 sayılı CMK'nın 174. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi hükmüne göre de 'suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan bir delil toplanmadan' hazırlanan iddianamenin iade edilmesi gerekir./Somut olayda Cumhuriyet savcısının, suça konu malın kime ait olduğunu araştırmadan ve bunun nereden, ne şekilde alındığını belirlemeden iddianame düzenlemesi usul ve yasaya aykırıdır." Y13CD, 30.11.2011-17629/6976, www.kazanci.com

29 "Şüphelinin ifadesinin alınmaması iddianamenin iadesi nedenleri arasında yer almamaktadır. Şüphelinin ifadesi alınmadan da kamu davası açılabilir." Y2CD, 27.6.2006-6104/12460; Y2CD, 14.2.2007-1251/417; Akıl hastası olduğu iddia edilen şüpheli hakkında soruşturma aşamasında uzman hekim raporu aldırılması zorunluluğu bulunmadığından bu husus iddianamenin iadesi nedeni olarak kabul edilemez. Bk.Y4CD, 10.6.2009-4326/11761, www.kazanci.com . Yargıtayın somut olayın özelliğine göre ifadenin alınmamasının iade nedeni olabileceğine dair kararı da bulunmaktadır. Y13CD, 2.2.2012-27923/2008, www.kazanci.com

bulunmadan alınması veya kesin raporun beklenmemiş olması, iddianamenin iadesi nedeni olarak görülmemektedir.[30]

İddianamenin iadesi, suçun hukuki nitelendirilmesinin yanlış yapıldığı gerekçesine dayanamaz (CMK m. 174/2).[31]

Yasa'da, madde yönünden yetkisizlik kararının verilebilmesi için gerekli sürenin başlangıcı, iddianamenin kabulü kararı olarak belirlenmiştir (CMK m. 4,5). Bu durumda mahkeme, suçun hukuki nitelendirilmesi yanlış yapıldığı gerekçesiyle iddianameyi iade edemeyecek, madde yönünden yetkisizlik kararı ile de dosyayı yetkili mahkemeye gönderemeyecektir. İddianameyi kabul edip sorunu kovuşturma evresinde çözecektir.[32] Kanımızca, ara muhakemede eylemin hukuki nitelemesinin yanlış yapıldığını tespit eden mahkeme, duruma göre bir değerlendirme yapıp iade kararı verebilmeli veya madde yönünden yetkisizlik kararı ile dosyayı yetkili mahkemeye gönderebilmelidir. İddianamenin, Başsavcılığa iadesinin sadece dava süresinin uzamasına neden olacağı hâllerde, dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi dava ekonomisine uygun olacaktır. Yasa hükümlerinin bu şekilde düzenlenmesi davaların gereksiz yere uzamasını da engelleyecektir.

Cumhuriyet savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması hâlinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. Bu durumda artık, ilk kararda belirtilmeyen nedenlere dayanılarak tekrar iddianamenin iadesi yoluna gidilemez (CMK m. 174/4).

İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar (CMK m. 175/1).[33] İddianamenin kabul edilmiş sayıldığı hâlde kovuşturma evresi, iddianameyi değerlendirme süresi olan on beşinci günün sonunda, on altıncı günde başlar. Mahkeme, iddianamenin kabulünün ardından, duruşma gününü belirleyerek ve duruşmada hazır bulunması gereken kişilere çağrı kâğıdı (davetiye) göndererek duruşma hazırlığına başlar.

Belirtelim ki özel yasa hükümleri uyarınca işin doğrudan mahkemeye gönderilmesi hâlinde, iddianame yerine geçen ve dava açan belgelerin iadesinin söz konusu olup olamayacağı konusunda Yasa'da bir açıklık bulunmamaktadır.

Ön ödemeye veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde, ön ödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianame, Cumhuriyet başsavcılığına iade edilir (CMK m. 174/1-c).[34] Ancak, özel

30 Y2CD, 2.4.2007-4236/4636. www.kazanci.com

31 Suçun unsurlarının teker teker irdelenerek oluşup oluşmadığının tartışılmasının, örneğin, kasten veya olası kastla işlenebilecek suçta şüphelinin bu kastının hangi delile dayanarak tespit edildiğinin açıklanmasının, suçun hukuki nitelemesi anlamında olduğu ve bu gerekçeyle iddianamenin iade edilemeyeceği konusunda bk. Y2CD, 14.6.2006-4907/12064; şüphelinin üzerine atılı suçun niteliğini tayin etme yetkisinin soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısına ait olduğu konusunda bk.Y2CD, 29.9.2005-8283/19965

32 "... Cumhuriyet savcılığının hukuki nitelendirmesiyle mahkemenin hukuki nitelendirmesinin farklı olduğu durumlarda iddianamenin kabulünden sonra kovuşturma evresinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı ile sorunun hallinin mümkün olduğu gözetilmeden Cumhuriyet savcılığınca iddianamede yapılan nitelendirme kabul edilmeyerek görev hususunun iade sebebi yapılamayacağı hususları gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş"tir. Y11CD, 18.10.2006-5263/8292

33 Kabul kararı da şu şekilde denetlenebilir: "... sanıkların dava konusu edilen eylemlerinin nelerden ibaret ve kimlere yönelik olduğu konusunda iddianamede gerekli düzeltme yaptırılmadan, dava mevzusu edilip edilmediği hususunda netlik bulunmayan eylemlerden ötürü CMUK 258. maddesine yanlış anlam verilmek ve bu maddeye göre ek savunma hakkı tanınmak suretiyle noksan tahkikat sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usule aykırı"dır. Y1CD, 24.5.2001-1644/2310

34 Suçun, uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılmıyorsa iddianamenin kabul edilmesi ve mahkemece yapılacak değerlendirmeye göre yargılama aşamasında uzlaşma teklif edilmesi gerekir. Aynı yönde: Y11CD, 26.12.2005-9494/14352

yasa hükümleri uyarınca işin doğrudan mahkemeye gönderilmesi hâlinde, ön ödeme önerisi, hâkim tarafından yapılır (TCK m. 75/2).

İade kararına karşı, Cumhuriyet savcısı itiraz edebilir (CMK m. 174/5). İade kararı itirazı kabil mahkeme kararlarındandır. Bu karara, CMK m. 267 vd. hükümlerine göre itiraz edilebilir.

cc. Değerlendirme: İddianamenin kabulü kararıyla birlikte kamu davası açılmış olmaktadır (CMK m. 175/1). Bu düzenlemeyle kamu davasını açma tekeli Cumhuriyet savcılığından alınmış görünmektedir. Kamu davası artık yargısal bir kararla açılmaktadır. Ancak CMK m. 225/1'e göre, hüküm sadece iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verileceğinden, bu durum biçimsel bir değişiklik olmakta, ara muhakeme savcının yetkisinin elinden alınması sonucunu doğurmamaktadır. Mahkeme, iddianamede gösterilen olayla bağlıdır.

İddia eden ve yargılayan sıfatlarının aynı makamda birleşmesi, Orta Çağ'ın tahkik sistemini akla getirmektedir. Öte yandan, bir anlamda iddianameyi kabul ederek kamu davasını açma kararını veren hâkimlerin, aynı zamanda uyuşmazlığı karara bağlayacak hâkimler olması, bu hâkimlerin taraflı oldukları iddialarını da sık sık gündeme getirecek niteliktedir. Bu nedenle, ara muhakemenin ayrı bir yargılama makamınca yapılması, bu makama delil araştırma yetkisinin tanınması ve savunmaya, iddianamenin kabulü veya reddi konusunda değerlendirme yapma imkânının verilmesi daha yerinde olabilirdi. Kanımızca savunmanın ara muhakemeye dâhil edilmemesi, çelişmeli muhakeme ilkesini ihlal edecek niteliktedir.

İddianameyi kabul eden ve yargılayan makamların aynı olması mahkemenin objektif tarafsızlığını zedelemektedir.

Karşılaştırma yapmak üzere Alman hukukunu incelediğimizde, Alman Ceza Muhakemesi Yasası'nda "son soruşturmanın açılması konusunda karar verilmesi" aşamasının bulunduğu görülmektedir.[35] Bu aşama 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer almış ancak ilgili CMUK 191-205. maddeler 1985'te yürürlükten kaldırılmıştır.[36]

Alman hukukunda, son soruşturmanın açılması konusunda karar verilmesi aşamasında duruşma için yetkili olan mahkeme, son soruşturmanın açılması veya muhakemenin durması hakkında karar verir (Alman CMK m. 199). Bunun için mahkeme başkanı, sanığa iddianameyi açıklar ve belirleyeceği sürede son soruşturmanın açılmasına karar verilmeden önce delil ikamesi talep edebileceğini veya son soruşturmanın açılmasına karşı görüşleri varsa bunları ileri sürebileceğini bildirir. Talep ve karşı görüşler hakkında mahkeme karar verir, mahkemenin bu kararına karşı kanun yoluna gidilemez (Alman CMK m. 201). Mahkeme son soruşturmanın açılmamasına karar verirse, kararın fiilî mi yoksa hukuki nedenlerle mi verildiği belirtilir ve karar sanığa bildirilir (Alman CMK m. 204). Kendisine iddianame verilmiş olan mahkeme, çevresi dâhilinde bulunan daha alt dereceli bir mahkemenin yetkili olduğu kanaatinde ise son soruşturmayı bu mahkemede açar, daha üst dereceli bir mahkemenin yetkili olduğu kanaatinde ise dosyayı savcılık aracılığıyla karar vermesi için bu mahkemeye gönderir (Alman CMK m. 209).

Alman hukukunda, son soruşturmanın açılması kararına karşı sanık kanun yoluna başvuramaz. Son soruşturma açılması isteğinin reddi kararına veya davanın

35 Bk. N. Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Türkiye Barolar Birliği (7-9 Temmuz 2006), Ankara 2006, 202-204

36 21.5.1985 gün ve 3206 sayılı Kanun m. 82

aşağı yetkili mahkemeye gönderilmesi kararına karşı savcılık acele itiraza başvurabilir (Alman CMK m. 210).

Sanığa, iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında iddianameyi değerlendirme imkânının verilmemiş olması silahların eşitliği ilkesine aykırı gözükmektedir.

Görüldüğü gibi, karşılaştırmalı hukukta iddianamenin iadesi-kabulü aşamasında sanığa görüşünü belirtme olanağı verilmektedir. Bu açıdan, CMK m. 174 silahların eşitliği ilkesiyle yakından bağlantılı olan çelişmeli muhakeme ilkesine aykırı olmaktadır.

Bu aşama Yasa'da soruşturma evresi kapsamında düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen davalarda, yargılama sürecini bütünüyle göz önüne alarak soruşturma aşamasında şüphelinin haklarının ihlalinin, yargılamanın adil olmasını engelleyip engellemediğini değerlendirmektedir. Soruşturma evresinde sanığın haklarından birinin ihlalinin duruşmada giderilemeyecek nitelikte olduğu kabul edildiğinde ise yargılamanın adil olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

6.3. Kamu Davasının Duruşma Hazırlığı ve Duruşma Devresi

6.3.1. İddianamenin Sanığa Bildirilmesi

Savunma hakkının güvence altına alınabilmesi için sanığa iddianamenin bildirilmesi zorunludur.

İddianameyle birlikte sanığa duruşma günü de bildirilir (CMK m. 176, Yazı İşleri Hizmetleri Y. m. 87). Yasa koyucu, yine savunma hakkını güvence altına almak için iddianamenin ve dolayısıyla duruşma gününün tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre olması gerektiğini belirtmiştir (CMK m. 176/4). Bu süre, düzenleyici bir süredir ve yasa koyucu sadece alt sınırı göstermiştir. Bu nedenle, süre daha uzun olabilir. Mahkeme başkanının veya hâkimin, özellikle postadaki gecikmeleri dikkate alarak duruşma gününü belirlemesi gerekir.

İddianamenin tebliğiyle duruşma günü arasında bir haftalık süreden daha az bir süre bulunduğu tespit edilecek olursa mahkeme, duruşmanın başında, sanığa bir haftalık süreye uyulmadığı için ara verilmesini isteme hakkı olduğunu bildirecektir. Sanık da duruşmaya ara verilmesini isteyebilir (CMK m. 190/2). Duruşma, mahkeme başkanı veya hâkimin, iddianamenin kabulü kararını okuyarak duruşmanın açıldığını bildirilmesiyle başlamaktadır (CMK m. 191/1). Mahkeme başkanı, sanığa, iddianamenin kabulü kararını açıklamadan önce bu hakkını hatırlatmalıdır. Bu hatırlatma üzerine sanık, savunmasını hazırlamak için süre istemezse bir daha bu nedenle duruşmaya ara verilmesini isteyemez.[37] Kanımızca, sanık, savunma için süre isterse bu hâlde duruşmaya ara verilmesi değil, duruşmanın açılmasının ertelenmesi söz konusu olacaktır. AİHS'nin 6. maddesinin 3/b fıkrasına göre, sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylığa sahip olma hakkı vardır.

Yasa'da iddianamenin sanığa bildirilmesinden söz edilmekle birlikte; varsa müdafiye de bildirilmesi gerekir. Sanığın, duruşma gününden en az beş gün önce, tanık ve bilirkişilerin davet edilmesini sağlaması veya savunma delillerinin toplanması

37 "Yerel mahkemece sanığın ilk kez savunmasının alındığı 19.02.2008 tarihinde, iddianame ve duruşma gününün tebliği ile duruşma günü arasında bir haftadan daha az bir sürenin geçmiş olmasına ve duruşmaya ara verilmesini isteme hakkının olduğu sanığa hatırlatılmadan savunması alınmak suretiyle CYY'nın 170/4 ve 190/2. maddelerine aykırı olarak savunma hakkı kısıtlanmış ise de bu eksiklik, yerel mahkeme tarafından sonradan fark edilerek 28.08.2008 tarihli oturumda sanığın tekrar usulüne uygun olarak savunması alınmak suretiyle giderilmiştir." YCGK, 15.11.2011-1-157/223

için dilekçe verebilmesi (CMK m. 177) veya doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşmaya getireceği tanık ve bilirkişileri zamanında bildirmesi (CMK m. 179) ancak müdafinin yardımıyla olabilir. Bu nedenle, müdafiye de iddianame gönderilmelidir.

Diğer tebligatlar açısından, avukatla takip edilen işlerde, tebligatın avukata yapılması açıkça hükme bağlanmıştır. Örneğin, duruşma günü, müdafi avukata tebliğ edilecektir. Ancak, müdafi birden fazla ise bunlardan birine tebligat çıkartılması yeterli olacaktır (Tebligat K. m. 11).

Tutuklu sanığın çağrılması, iddianamenin ve duruşma gününün tebliği suretiyle yapılır. Bu işlem, tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda cezaevi kâtibi veya bu işle görevlendirilen personel yanına getirilerek tutanak tutulmak suretiyle yapılır. İddianame sanığa okunmalı veya sanığın iddianameyi okuması beklenmelidir. Daha sonra, sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı sorulmalı ve bulunacaksa bunun neden ibaret olduğunu bildirmesi istenmelidir (CMK m. 176/1,35/3).[38]

6.3.2. Duruşmanın Yürüyüşü: İddianamenin Okunmasının Özelliği

İddianamenin veya iddianame yerine geçen belgenin[39] okunmaması, bir temyiz nedenidir. Çünkü mahkeme, muhakeme konusu olan eylemin kapsamını öğrenemeyecektir. Tek hâkimli mahkemelerde, bu hâkim duruşma hazırlığını da yapmış olacağından, duruşma konusunu öğrenmemiş olması mümkün değildir. Ancak iddianamenin veya iddianame yerine geçen belgenin okunmaması, duruşmanın sözlülüğü ilkesiyle bağdaştırılamaz. Alman Yüksek Mahkemesi, basit davalarda iddianamenin okunması kuralına istisna getirilebileceğini kabul etmiştir.

İddianamenin, bir bütün olarak, tamamının okunması gerekir. İddianamenin, bölüm bölüm özetlenmesi, hukuka aykırı olur.[40] Özellikle, sanığa isnat edilen, birbiri içine geçmiş birden çok eylemin bulunduğu hâllerde, bunların her birinden dolayı dava açılıp açılmadığının, ayrı ayrı ifade edilmesine dikkat edilmelidir. İddianamenin, hazırlayıcısı yani iddia makamı tarafından okunması gerekir. Ancak duruşmayı yönetme ve delillerin ikame edilmesi ile duruşmanın düzenini sağlama yetkisi mahkeme başkanı veya hâkime aittir (CMK m. 192,203). Mahkeme başkanı veya hâkim bu yetkileri kapsamında iddianameyi üçüncü şahıslara da okutabilir.

İddianamenin okunması ile sanık bir kez daha kendisine isnat edilen fiili, hâkim de o ana kadar öğrenmemişse, duruşmanın konusunu öğrenmiş olur.

AİHS'nin 6/3a maddesine göre, her sanık ezcümle isnadı, en kısa sürede ve anlayacağı dilde etraflıca öğrenmek hakkına sahiptir. Bu bağlamda, iddianameyi anlayamayan sanığın iddiayı öğrenip öğrenmediği ayrıca denetlenmelidir. İddianamenin tercüme edilerek sanığa tebliğ edilmesi veya tercüme edilmeden tebliğ edilmiş ise sorgudan önce sanığın iddiayı anlaması için gerekli tedbirlerin alınması gerekir.

38 6.8.2013 tarihli Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılan Kalem Yönetmeliği'nde bu işlem, "isticvap" olarak adlandırılmıştı. Bk. Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 78 (Adalet Bakanlığından, Yayın tarihi: RG 1.6.2005 No. 25832); ayrıca bk. CMK m. 35/3; Yazı İşleri Hizmetleri Y. m. 87, RG 6.8.2013 No. 28730

39 Örneğin YÖK m. 53 gereğince düzenlenen lüzum-u muhakeme kararları, icra mahkemelerine icra suçu nedeniyle verilen şikâyet dilekçeleri gibi.

40 Kanımızca bağlantı nedeniyle tek bir iddianameyle birlikte açılan davalarda, iddianamenin tamamı değil, gelen sanığa ilişkin kısımları okunmalıdır. Zira sanıkların farklı zamanlarda duruşmaya gelmesi hâlinde, her seferinde iddianamenin bir bütün olarak okunması zaman kaybına neden olabilecektir.

İddianamenin okundu denmesi okuma yerine geçmez. İddianamenin okunması veya okunma yerine geçebilecek bir usulün benimsenmesi gerekir.

Uygulamada, iddianame okunmadığı hâlde, "iddianame okundu" denilmekte ve bu şekilde duruşma tutanağına geçirilmektedir. Oysa duruşmanın akışını kanıtlayacak tek belge, duruşma tutanağıdır. Duruşma tutanağının sahteliğini (TCK m. 204) kanıtlamadan, bu hususu bozma sebebi yapmak mümkün değildir.

Tavsiye Edilen Okuma Listesi

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 2013
KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006
ÖZBEK, V.Ö./KAMBUR, M.N./DOĞAN, N./BACAKSIZ, P./TEPE, İ., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2012
ERYILMAZ, Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara 2012
ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2010
ZAFER, Hamide, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)*, İstanbul 2010
DOĞRU, Osman/NALBENT, Atilla, *İnsan Hakaları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt (İHAS 2,3,4,5,6 ve 7. Maddeler)*, İstanbul 2012, 644-646
(İsnat Edilen Suçu Öğrenme: Salvador Torres-İspanya Kararı, Kamasinski-Avusturya Kararı, Mattoccia-İtalya Kararı, Kyprianou-Kıbrıs Kararı, Sadat ve Diğerleri-Türkiye Kararı)

Pratik Çalışma Gereçleri

"... sanıkların dava konusu edilen eylemlerinin nelerden ibaret ve kimlere yönelik olduğu konusunda iddianamede gerekli düzeltme yaptırılmadan, dava mevzusu edilip edilmediği hususunda netlik bulunmayan eylemlerden ötürü CMUK 258. maddesine yanlış anlam verilmek ve bu maddeye göre ek savunma hakkı tanınmak suretiyle noksan tahkikat sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usule aykırı"dır. Y1.CD, 24.5.2001-1644/2310

"Şüphelinin ifadesinin alınmaması, iddianamenin iadesi nedenleri arasında yer almamaktadır. Şüphelinin ifadesi alınmadan da kamu davası açılabilir." Y2.CD, 27.6.2006-6104/12460; Y2.CD, 14.2.2007-1251/417. Akıl hastası olduğu iddia edilen şüpheli hakkında soruşturma aşamasında uzman hekim raporu aldırılması zorunluluğu bulunmadığından bu husus iddianamenin iadesi nedeni olarak kabul edilemez. Bk. Y4.CD, 10.6.2009-4326/11761, www.kazanci.com. Yargıtayın somut olayın özelliğine göre ifadenin alınmamasının iade nedeni olabileceğine dair kararı da bulunmaktadır. Y13.CD, 2.2.2012-27923/2008, www.kazanci.com

Suçun unsurlarının teker teker irdelenerek oluşup oluşmadığının tartışılmasının, örneğin, kasten veya olası kastla işlenebilecek suçta şüphelinin bu kastının hangi delile dayanarak tespit edildiğinin açıklanmasının, suçun hukuki nitelemesi anlamında olduğu ve bu gerekçeyle iddianamenin iade edilemeyeceği konusunda bak. Y2.CD, 14.6.2006-4907/12064. Şüphelinin üzerine atılı suçun niteliğini tayin etme yetkisinin soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısına ait olduğu konusunda bak. Y2.CD, 29.9.2005-8283/19965

ADİL YARGILANMA HAKKI: DURUŞMA

Ders Planı: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Muhakemesinde Duruşma
Tavsiye Edilen Temel Okuma Listesi
Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma
1. Duruşmaya ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Temel Bilgiler
1.1. Duruşma Kavramı
1.2. AİHS M. 6 Bağlamında Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı
1.3. AİHS'nin 6. Maddesinin Fıkraları Arasındaki İlişki
1.4. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrasında Düzenlenen Haklar Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma
2.1. Makul Süre İçinde Yargılanma Hakkı ve Duruşma
2.2. Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı ve Duruşma
2.3. Aleni Yargılanma Hakkı ve Duruşma
2.4. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı ve Duruşma
3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 2 ve 3. Fıkralarında Düzenlenen Haklar Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma
3.1. Suçsuzluk Karinesi ve Duruşma
3.2. İsnadı Öğrenme Hakkı ve Duruşma
3.3. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı ve Duruşma
3.4. Kendi Kendini Savunma veya Bir Müdafinin Yardımından Faydalanma Hakkı ve Duruşma
3.5. Genel Olarak Çelişmeli Muhakeme, Silahların Eşitliği İlkeleri ve Duruşma
3.6. İddia Makamı ile Eşit Koşullarda Tanık Çağrılıp Dinlenmesini Talep Etme, Tanıkları Sorguya Çekme ve Duruşma
3.7. Tercüman Yardımından Faydalanma Hakkı ve Duruşma

Ders Planı - Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Muhakemesinde Duruşma

Ders No. 1. DURUŞMA (1)
Ders No. 1.1. Birinci Ders: Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Duruşmaya İlişkin Temel Bilgiler

Derste kullanılacak araçlar:
- Slide (Power Point)
- Örnek AİHM ve Yargıtay kararları

Dersin amacı:
Dersin sonunda kursiyer,
- Duruşmayı tanımlar;
- Adil yargılanma hakkının uygulanma alanını belirler;
- AİHS m. 6'nın fıkraları arasındaki ilişkiyi belirler;
- Adil yargılanma hakkının sağlıklı bir duruşma yapılabilmesi bakımından arz ettiği önemi tespit eder.

Derste kullanılacak yöntem:
- Tartışma
- Anlatım usulü

Dersin işleniş süreci:
- CMK m. 191 ışığında duruşma tanımlanır. Duruşmanın ceza muhakemesinin en önemli safhası olduğu vurgulanır ve bunun gerekçeleri ortaya konulur.
- Adil yargılanma hakkının içerisinde yer alan alt haklar üzerinden adil yargılanma hakkının tanımı yapılıp bu hakların duruşma bakımından önemine genel olarak değinilir.
- AİHS m. 6'nın gerekleri ve fıkraları arasındaki ilişki duruşma bağlamında genel olarak tekrarlanır (Giriş derslerinde daha önce anlatıldığı için ayrıntıya girilmez.)
- AİHM'nin sanık kavramını ne şekilde değerlendirdiği ortaya konulur.

Ders No. 1.2. İkinci Ders: AİHS M. 6'nın 1. Fıkrasındaki Haklar Bağlamında Duruşma Devresi

Derste kullanılacak araçlar:
- Slide (Power Point)
- Örnek AİHM ve Yargıtay kararları

Dersin amacı:
Dersin sonunda kursiyer,
- Makul sürenin tespitinin nasıl yapılacağına ilişkin kıstasları açıklar;
- Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkının gereklerini tespit eder;
- Aleni duruşmanın önemini ve bu hakka ilişkin dikkat edilmesi gereken hususları belirler;
- Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ve bu haktan hareketle içtihatlarla ortaya konulan diğer hakların içeriğini açıklar.

Derste kullanılacak yöntem:
- Beyin fırtınası ve tartışma

- Anlatım usulü
- Örnek karar incelemesi

Dersin işleniş süreci:
- Makul sürede yargılanma hakkının içeriği anlatılır;
- Makul sürenin belirlenmesinde AİHM'nin koyduğu kıstaslar irdelenir;
- Kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkına ilişkin genel açıklamalar yapılır ve bu konularda Türkiye'nin almış olduğu mahkûmiyetler incelenir;
- Aleni yargılanma hakkının gerekleri ortaya konulur;
- Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının içeriği ve bu haktan hareketle AİHM'nin içtihatla ortaya koyduğu haklar belirlenir.

Ders No. 1.3. Üçüncü Ders: AİHS M. 6'nın 2. Fıkrası ve 3. Fıkrasının a-b Bentlerindeki Haklar Bağlamında Duruşma Devresi

Derste kullanılacak araçlar:
- Slide (Power Point)
- Örnek AİHM ve Yargıtay kararları

Dersin amacı:
Dersin sonunda kursiyer,
- Masumiyet karinesini açıklar;
- İsnattan haberdar olma hakkının içeriğini tespit eder;
- Savunmayı hazırlamak için gerekli zamana sahip olma hakkının önemini açıklar;
- Savunmayı hazırlamak için sanığa tanınması gereken kolaylıkları belirler.

Derste kullanılacak yöntem:
- Beyin fırtınası ve tartışma
- Anlatım usulü
- Örnek karar incelemesi

Dersin işleniş süreci:
- Masumiyet karinesinin anlamı ortaya konulur ve sonuçları açıklanır;
- Özellikle ara kararlar yazılırken masumiyet karinesinin ihlali tehlikesinin olduğu ifade edilir;
- İsnattan haberdar edilme hakkının önemi açıklanır;
- Yargılama sırasında iddianamede anlatılan fiilin veya hukuki niteliğinin değişmesi durumunda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği tespit edilir;
- Savunmayı hazırlamak için sanığa tanınması gereken makul sürenin nasıl tespit edileceği açıklanır;
- Savunmayı hazırlamak için sanığa tanınması gereken kolaylıklar belirlenir.

Ders No. 2. DURUŞMA (2)
Ders No. 2.1. Birinci Ders: AİHS M. 6'nın 3. Fıkrasının c-d-e Bentlerindeki Haklar Bağlamında Duruşma Devresi

Derste kullanılacak araçlar:
- Slide (Power Point)
- Tartışma
- Örnek AİHM ve Yargıtay kararları

Dersin amacı:
Dersin sonunda kursiyer;
- Kendi kendini ve bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunmanın önemini belirler,
- Çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin içeriğini açıklar;
- İddia makamı tanıklarına soru sorma ve iddia makamı ile eşit koşullarda tanık dinletebilme hakkının yansımalarını analiz eder;
- Tercümandan faydalanma hakkının gereklerini belirler.

Derste kullanılacak yöntem:
- Tartışma
- Anlatım usulü
- Örnek karar incelemesi

Dersin işleniş süreci:
- Kendi kendini savunma hakkının içeriği açıklanıp, önemi vurgulanır;
- Müdafinin hukuki statüsü ve sanığa yardımının kapsamı açıklanır;
- Zorunlu müdafi kavramı ve zorunlu müdafilik hâlleri açıklanır;
- Çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkeleri analiz edilir;
- CMK m. 210 kapsamında tanıkların duruşmada doğrudan dinlenmesi ve CMK m. 215 kapsamında sanığın tanık beyanlarına ilişkin görüş ifade edebilme yetkisi analiz edilir;
- CMK m. 201 kapsamında doğrudan soru sormanın önemi ve hâkim vasıtasıyla soru sorma usulü açıklanır;
- CMK m. 178 bağlamında duruşmaya iddia makamı ile eşit koşullarda tanık getirme yetkisi açıklanır;
- Tanık beyanının tek veya esaslı delil olması durumunda sanığa tanıkla yüzleşme imkânı tanınmasının zorunluluğu belirlenir;
- Tercümandan faydalanma hakkının içeriği ortaya konulur.

Tavsiye Edilen Temel Okuma Listesi

CENTEL Nur-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2013
İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Yayınevi, İstanbul 2008
LADEWIG, Hans-Meyer, "Adil Yargılanma Hakkı-II" (Çeviren: Hakan Hakeri), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
SCHROEDER, Friedrich-Christian, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", in: Friedrich-Christian Schroeder-Feridun Yenisey-Wolfgang Peukert, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999

Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma

Giriş

Ceza muhakemesi, devletlerin yargılama sistemleri içerisindeki belki de en önemli bölümü oluşturur. Nitekim ceza muhakemesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların konusunu oluşturan fiillerin büyük bir bölümü, toplum düzenini önemli ölçüde tehdit eder niteliktedir. Bu nedenle günümüzde, özellikle Kıta Avrupa'sında, ceza davasının açılmasına ilişkin olarak *ceza davasının kamusallığı ilkesi* geçerlidir. Bu ilkeye göre, kural olarak ceza davasını bir devlet organı olan savcı açar ve kovuşturma boyunca iddia makamını kamu adına o işgal eder. Ayrıca kişilerin temel haklarının kısıtlanması bakımından da ceza muhakemesi büyük önem taşır. Nitekim bu alana ilişkin fiillerin muhakemesi sırasında sanık, tutuklama gibi özgürlüğü bağlayıcı bir ceza muhakemesi tedbiri ile karşılaşabileceği gibi yargılama sonunda özgürlüğü bağlayıcı ceza içeren bir mahkûmiyet hükmü ile de karşılaşabilecektir.

Yargılama makamı, ancak duruşma devresinde ortaya konulan delillerle temas ettikten sonra vicdani kanaate ulaşabilir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde sağlıklı bir karar verilebilmesinin ön şartı, duruşma devresinin sağlıklı bir şekilde yapılmasıdır. Bu nedenle ceza muhakemesinde duruşma dışındaki diğer tüm safhaların amacı ya duruşma devresinin daha sağlıklı bir şekilde yürümesine hizmet etmek ya da yargıcın duruşma devresinde ortaya konulan delillere bağlı olarak verdiği hükümdeki yanlışlıkları düzeltmektir. Örneğin, soruşturma evresi ile duruşma hazırlığının amacı, duruşmanın daha hızlı ve sağlıklı yapılmasını sağlamak için delilleri toplamak ve gerekli diğer işlemleri yapmakken; kanun yollarının hemen hepsinin ortak amacı, duruşma sonunda, cezai uyuşmazlığa ilişkin olarak verilen hükümdeki yanlışlıkların düzeltilmesine hizmet etmektir.

Duruşmaya ilişkin bu bölümde, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle ceza muhakemesinin en önemli bölümü diyebileceğimiz duruşma devresini ayrıntılı olarak incelemeye gayret ettik. Çalışma gerçekleştirilirken muhakeme hukuku alanında en merkezî norm olduğunu düşündüğümüz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bağlamında konuyu el aldık. Nitekim adil yargılanma hakkı, günümüzde, hukuk devleti ilkesini kabul etmiş tüm demokratik hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Duruşma devresi adil yargılanma hakkı bakımından incelenirken, farklı başlıklarda tekrar yapmaktan kaçınmak ve çalışmanın daha sistematik olması amacıyla, öncelikle duruşma bağlamında adil yargılanma hakkına ilişkin genel bilgiler kısaca verilmiştir. Daha sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen haklar bağlamında duruşma devresi incelenmiştir. Son olarak ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında düzenlenen haklar bağlamında duruşma incelenerek çalışma tamamlanmıştır.

İnceleme yapılırken, adil yargılanma hakkını düzenleyen başkaca uluslararası belgeler de varken, neden AİHS m. 6'nın ışığında bu çalışmanın gerçekleştirildiği sorusu akla gelebilecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerden daha önemli konuma getiren en önemli husus, başvurular sonucunda taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadıklarını denetleyen bir yargılama mekanizmasının bulunmasıdır. Nitekim adil yargılanma hakkı AİHS dışında, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 10 gibi birçok uluslararası

belgede hüküm altına alınmıştır. Ancak Türk hukuku üzerindeki fiilî etkisi ve etkili bir yargılama mekanizması olması nedeniyle biz duruşmaya ilişkin incelememizi AİHS m. 6 hükümlerine göre yapmayı daha uygun bulduk. Bu arada tüm bu belirttiğimiz uluslararası belgelerdeki adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin birbiriyle büyük oranda paralellik arz ettiğini de belirtmek gerekir.

7.1. Duruşmaya ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Temel Bilgiler

7.1.1. Duruşma Kavramı

Duruşmanın başlaması başlıklı 191. maddede, *"Sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanır.* Sanık, duruşmaya bağsız olarak alınır. *Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar."* denilmek suretiyle duruşmanın nasıl başlayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla duruşma, mahkeme başkanı veya hâkimin, iddianamenin kabulü kararını okuyup, duruşmayı açtığını söylemesi ile başlar.[1]

Duruşmanın sona ermesi ve hüküm başlıklı 223. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde ise *"Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra* hüküm verilir." denilmek suretiyle, mahkeme başkanı veya hâkimin, hüküm verme aşamasına geçmeden önce duruşmanın bittiğini açıklamasıyla duruşma devresinin sona ereceği hükme bağlanmıştır. *Delillerin tartışılması* başlıklı 216. maddenin 3. fıkrasında ise "Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir." denilmektedir.

Bu düzenlemeler ışığında duruşmaya ilişkin bir tanım vermek gerekirse duruşma; *duruşma hazırlığı devresinde belirlenen günde, madde ve yer yönünden yetkili mahkemede, mahkeme başkanı veya hâkimin iddianamenin kabulü kararını okuyup duruşmayı açtığını açıklamasıyla başlayan; delillerin ortaya koyulup tartışılması suretiyle maddi gerçeğin bulunmaya çalışıldığı ve son sözün sanığa verilip duruşmanın sona erdiğinin açıklanmasıyla biten ceza muhakemesinin en önemli devresidir.*[2]

Mahkeme, duruşma devresinde cezai uyuşmazlığın maddi kısmını çözerken vicdani kanaatine göre karar verir.

Vicdani kanaat; maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, duruşma devresindeki muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir.

7.1.2. AİHS M. 6 Bağlamında Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, AİHS'nin 6. maddesinde üç fıkra hâlinde düzenlenmiştir.

1 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu'na göre, bu maddedeki ilk cümle yani sanık, müdafisi, tanık ve bilirkişilerin yoklamasının yapılması duruşma başladıktan sonra ilk yapılacak işlerdir. Bundan önce hâkimin duruşmayı açtığını açıklaması gerekir. Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.1183

2 Öztürk-Erdem ise duruşmayı şu şekilde tanımlamaktadır: "Duruşma hazırlığı devresinde saptanan günde, yetkili mahkemenin duruma salonunda tanık ve bilirkişi yoklaması ile başlayıp hükme iştirak edecek hâkim veya hâkimlerin huzuru, zabıt kâtibinin yerini alması savcı ve kural olarak, sanığın ve müdafisinin katılımıyla ara vermeksizin, halka açık ve sözlü olarak cereyan eden, delillerin ikame edilip tartışılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ve son sözün sanığa verilmesiyle sona eren, kovuşturma safhasının en önemli devresine duruşma denir." Bahri Öztürk- Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.652

6. maddenin Türkçe çevirisi şu şekildedir:[3]

"Madde 6: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan; yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar, dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a. Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d. İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

Bu düzenleme ışığında adil yargılanma hakkına ilişkin şu şekilde bir tanım yapılabileceği kanaatindeyiz:

Adil yargılanma; *bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır.*[4]

Adil yargılanmaya ilişkin birçok hak ve ilke AİHS'nin 6. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

---

3 http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64 FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf
İngilizce metin için bk. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf

4 Donay tarafından yapılan tanıma göre adil yargılama; yargılamanın olanaklar ölçüsünde gerçekleri yansıtabilmesi için, uyuşmazlığın tarafları arasında fiilî ve hukuki bir fark gözetmeksizin, iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılamadır. Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), s.41;
Schroeder ise, yeterli müdafaa imkânları sağlanarak ve hile yapılmadan görülen davanın adil olduğunu kabul etmektedir. Friedrich-Christian Schroeder, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 1999), s.6
Uluslararası Af Örgütünün adil yargılanma hakkına ilişkin yayınında ise, Adil bir yargılamanın olabilmesi için gerekli olan tüm şartların, adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturduğu kabul edilmektedir. Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), s.101;
Birçok yazar da, adil yargılanma kurumunu tarif edilmesi güç bir prensip olarak nitelendirmekte ve bu ilkenin ideal şartları oluşturma mecburiyeti olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Schroeder, Fair Trial, s.10-11

Ancak 6. maddede açıkça belirtilmeyen bazı haklar da bu maddenin demokratik toplum ve hukuk devleti ilkeleriyle olan yakın ilişkisi nedeniyle, madde hükmüne zımnen dâhil unsurlar olarak, AİHM tarafından geniş yorumla belirlenmiştir.[5]

Nitekim 6. maddede kullanılan pek çok kavram yoruma açıktır ve bu hakkın demokratik toplumda işgal ettiği önemli yer, özellikle genel kuralı içeren birinci fıkra hükmünün dar yorumuna engeldir.[6]

Mahkemenin, 6. maddenin yorumunu yaparken sadece maddede belirtilen haklarla sınırlı kalmayıp, bilakis adil bir yargılamaya ilişkin genel prensipten (hakkaniyete uygun yargılanma hakkından veya diğer bir ifadeyle adil yargılanmaya ilişkin genel ilkeden) hareketle, açıkça ifade edilmeyen diğer bazı sanık haklarını da ortaya koyması, AİHM içtihatlarının, Avrupa'da insan haklarının korunmasına dair son yıllardaki en önemli katkısı olmuştur. Mahkemenin adil yargılanma (fair trial) kavramının doğasında olan ve onun ayrılmaz parçası olarak kabul ettiği bazı haklar şunlardır (rights inherent in the notion of fair trial):[7] Hükmün gerekçesi hakkında bilgilendirilme hakkı,[8] mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurabilmek için gerekli zamana ve imkâna sahip olma hakkı, karşı tarafın görüş ve beyanlarından haberdar edilme hakkı, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliğine ilişkin haklardır. Bunlar madde metninde açıkça ifade edilmeseler de AİHM tarafından içtihatlar yoluyla ortaya konulmuşlardır.

7.1.3. AİHS'nin 6. Maddesinin Fıkraları Arasındaki İlişki

AİHS'nin 6. maddesine son hâlinin verilişinden günümüze kadar geçen süreçte en çok tartışılan konulardan birisi, bu maddenin 2 ve 3. fıkralarının, 1. fıkradaki genel ilkeyle (hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla) olan ilişkisi olmuştur. AİHM verdiği kararlarda net bir şekilde bu ilişkiyi ortaya koymaktan kaçınmaktadır.[9] İlk fıkrada adil yargılanma hakkına ilişkin genel ilke düzenlenirken 2 ve 3. fıkrada ise 1. fıkradaki genel ilkenin özel uygulanma biçimleri belirlenmiştir. Yani bu fıkralarda yer alan haklar genel kuralı düzenleyen 1. fıkranın uzantısı, bir başka deyişle doğal sonucudur.[10] Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında her sanığın *en azından* bu haklara sahip olduğu vurgulanmıştır. Buradan anlaşıldığına göre adil yargılanma hakkı, sadece 3. fıkrada belirtilen haklarla sınırlı değildir. 1. fıkradaki genel ilkenin kapsamı çok daha geniştir ve bu fıkra 3. fıkrada yer almayan bazı hakları da içine alan genel bir çerçeve niteliğindedir. Aynı ilişki genel ilke ile 2. fıkra arasında da geçerlidir. Dolayısıyla sözleşmenin 6. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında yer alan haklara aykırılık olmasa dahi 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edilmiş olması mümkündür.

5 Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma", AÜSBF Dergisi-İlhan Öztırak'a Armağan, 1994/1-2, s.200 vd.

6 Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.4 vd.

7 Robert Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht, (Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2002), s.400 vd.

8 Adli kararlara karşı bir üst makama gidebilme, yani kazai kontrolü harekete geçirme hakkı, kişinin çok önemli bir ihtiyacı ve teminatıdır. Bir üst makamın denetimine bağlanmamış bir hak arama yolu teminatsız ve yetersizdir. Hukuk devletinde, hukuk ve hukuki barış adına yanlış kararların yerine, maddi ve hukuki bakımdan doğru kararların konulması için gereken tedbirlerin alınması zorunludur. Turhan Tufan Yüce, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968, s.69

9 Schroeder, Fair Trial, s.12

10 İnceoğlu, age., s.5-6

2 ve 3. fıkraların ihlal edilmiş olması ise kural olarak, aynı zamanda 1. fıkranın da ihlal edildiği anlamını taşır.[11]

1. fıkrada hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara ilişkin davalarda bireylere tanınması gereken haklar yer alırken, ikinci ve üçüncü fıkralar sadece ceza davaları bakımından sanığa tanınması gereken birtakım hakları düzenlemektedirler. 2 ve 3. fıkradaki güvenceler her ne kadar sanık için öngörülmüş olsalar da gerektiğinde *mutalis mutandis* olarak medeni uyuşmazlıklara ilişkin olarak da uygulanabilecektir.[12] Mahkeme içtihatlarında da bu yönde kararlar bulunmakta ve mahkeme, medeni muhakemeye ilişkin uyuşmazlıklarda da 2 ve 3. fıkra düzenlemelerine atıfla karar verebilmektedir.[13]

Schroeder, 6. maddenin 2 ve 3. fıkrasında yer alan hakların adil yargılanma kurumunun çekirdeğini oluşturduğu; 1. fıkranın ise kesin bir şekilde belirlenmiş bu alan dışındaki hususları kapsadığı kanaatindedir. Federal Alman Yargıtayı da benzer bir mantıkla ama AİHM'nin aksine, önce 6. maddenin 2 ve 3. fıkralarındaki hakların ihlal edilip edilmediğini denetlemekte; bunların ihlal edilmediğine kanaat getirdikten sonra 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel adil yargılanma ilkesinin ihlal edilip edilmediğini incelemektedir.[14]

7.1.4. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı

Bu maddede belirtilen hak ve ilkeler, madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere tüm cezai ve medeni muhakemeler bakımından geçerlidir. Ancak medeni ve cezai muhakeme tabirinden anlaşılması gereken, taraf ülkelerin iç hukuklarında söz konusu uyuşmazlığı hangi muhakeme dalına ait kabul ettikleri değil bilakis AİHM'nin bu konuya ilişkin geliştirdiği kıstaslara göre uyuşmazlığın hangi muhakeme dalına ait olduğudur.[15] Bu itibarla bazı durumlarda bu hak ve ilkeler disiplin soruşturmaları bakımından da önem arz etmektedir.

Şöyle ki, eğer disiplin soruşturması sonucunda faile özgürlüğü bağlayıcı önemli bir ceza veriliyorsa, iç hukukta bu faaliyetin idari bir soruşturma olarak nitelendirilmesine önem vermeyen AİHM, bu durumda da 6. maddenin gereklerinin bireye tanınması gerektiği kanaatindedir.

Mahkemeye göre, Sözleşme'ye taraf bir devlet, sözleşmeye uygun olmak kaydıyla dilediği fiili suç olarak düzenleyebilir. Taraf devletlerin kendi mevzuatlarında idari suçlar öngörmeleri de mümkündür.

Ancak taraf devletlerden birisi, bir fiili, AİHS'nin 6. maddesinde garanti altına alınan güvenceleri bertaraf etmek için idari suç olarak düzenlemişse, bu durum Sözleşme'nin ihlalidir.

11 Schroeder, Fair Trial, s.12 vd.

12 İnceoğlu, age, s.6

13 Gölcüklü, agm., s.201

14 Schroeder, Fair Trial, s.14

15 Madde 6, gerek medeni hakların gerekse suç isnatlarının karara bağlanmasında uygulanır. Ancak burada her iki terimin de özerk bir anlamda ele alınması gerekir. Aksi takdirde, taraf devletler, Anlaşma'yı yerel sınıflama yoluyla rahatlıkla geriye götürebilirler. Bu da şüphesiz Anlaşma'nın getirdiği güvenceleri anlamsız kılacaktır. Leonard H. Leigh, "Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev. Selman Dursun, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.337

AİHM, bir isnadın ceza hukukuna ait bir suça ilişkin olup olmadığı konusunda tespit yaparken şu ölçütleri kullanmaktadır: *Suçu düzenleyen kuralların taraf devletin ceza hukukuna mı, disiplin hukukuna mı, yoksa her ikisine birden mi ait olduğu *Suçun niteliği *İlgili kişinin, soruşturma sonunda maruz kalma riski altında bulunduğu cezanın ağırlığı. AİHM, bu kıstasları göz önünde bulundurmak suretiyle yaptığı değerlendirme sonucu uyuşmazlığın cezai alana ilişkin olduğuna kanaat getirirse; iç hukukta uyuşmazlığın ne şekilde ele alındığına bakmaksızın, suç isnadına ilişkin bir uyuşmazlık olarak m. 6'daki unsurlar bakımından bir hak ihlali olup olmadığını denetlemektedir.[16]

6. maddenin uygulanmasında muhakemenin her aşaması değerlendirilmekle birlikte, muhakeme bir bütün olarak ele alınmaktadır. Bu itibarla, maddede belirtilen hak ve ilkeler ilk derece mahkemelerinde gerçekleştirilen muhakemeler bakımından olduğu gibi, kanun yolu muhakemeleri için de geçerlidir. Şunu da belirtmek gerekir ki muhakemenin bir bütün olarak algılanışının doğal sonucu olarak, muhakemenin belli bir aşamasında ihmal edilen güvence daha sonraki aşamalarda telafi edilmişse veya telafi edilme imkânı tanınmışsa Sözleşme'ye aykırılık söz konusu olmayabilecektir.[17]

Ceza muhakemesi açısından 6. maddenin lafzına bakıldığı zaman, burada söz konusu olan hakların, sadece mahkeme önünde gerçekleştirilen muhakeme faaliyeti sırasında uygulanan, dolayısıyla sadece kovuşturma sırasında geçerli olan bir ilke olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Eğer AİHM de sadece maddenin lafzına bakarak hareket etmiş olsaydı, sanık hakları en fazla savcı ve kolluk tarafından yürütülen soruşturma sırasında ihlal edildiği için, güvencenin çok fazla bir anlamı kalmayacaktı. Çünkü duruşma alenidir ve aleniyetin getirdiği bir denetleme vardır. Ancak soruşturma evresi bakımından aynı şeyler söylenemeyecektir.

Bu nedenlerle AİHM, verdiği çeşitli kararlarda, Sözleşme'de yer alan "sanık" kavramının iç hukuktaki anlamıyla değil, sözleşmenin bütünü açısından özerk bir kavram olarak yorumlanması ve anlaşılması gerektiğine dikkati çekmiştir.[18]

7.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 1. Fıkrasında Düzenlenen Haklar Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma

7.2.1. Makul Süre İçinde Yargılanma Hakkı ve Duruşma

a. Genel olarak

Sanığın, uyuşmazlığın kapsamına göre makul bir süre içerisinde yargılanması

16 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bk. Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD, C. 48, S.1-4, s. 143 vd.
Sözleşme'nin yorumlanmasındaki en karmaşık sorunlardan birisi, 6. maddenin ceza davaları dışındaki davaları ne ölçüde kapsadığının tespitidir. "Medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlık" kavramının yorumunda Sözleşme organlarının ilk kararları bugünkünden oldukça farklıdır. Özellikle Komisyonun ilk kararları bu kavramı oldukça dar yorumlamaktaydı. Bugün için de bu kavram Mahkeme tarafından tam olarak tanımlanmamakta, ancak verilen kararlar kavramı belirli ölçüde netleştirmektedir. Bu kavramın özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları kapsadığı konusunda bir tereddüt yoktur. Asıl önemli tartışma bu kavramın kapsamına birey-devlet uyuşmazlıklarının girip girmeyeceği konusundadır. Mahkeme özellikle son dönem verdiği kararlarla idare hukukuna ilişkin davaların önemli bir bölümünün maddede belirtilen güvencelerden faydalanacağı yönünde görüşünü açıklamıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. İnceoğlu, age., s.12 vd.

17 İnceoğlu, age., s.6-7

18 Schroeder, Fair Trial, s.20

adil yargılanmanın en önemli gereklerindendir.[19] Nitekim adaletin gecikmeli olarak sağlanması çoğu kez hiç sağlanamamış olmasıyla aynı sonucu vermektedir. Bu bağlamda hukuk öğretisinde sıkça kullanıldığı üzere, *gecikmiş adalet, adalet değildir* ifadesi, makul sürede yargılanma hakkının önemini en iyi ifade eden özdeyişlerdendir. Özellikle ceza yargılamasının aslında suçsuz kimseler hakkında başlatılmış olması durumunda, yargılamanın zaman kaybetmeden bitirilmesi, sanıkların eski itibarlarına bir an önce kavuşmaları bakımından büyük önem arz eder.[20]

AİHM, Stogmüller-Avusturya Kararı'nda, makul sürede yargılanmaya ilişkin hakkın amacını; *hak arayan kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak ve özellikle ceza davalarında, sanığın davanın ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle uzun süre yaşamasını engellemek olarak ifade etmiştir.*[21] Bu bağlamda, makul süreye uyulup uyulmadığının tespitinde, iç hukuk mahkemesinin kararının ne yönde olduğunun bir önemi yoktur. Bir başka deyişle, dava makul sürede bitirilmiş olsaydı da sonuç bakımından değişiklik söz konusu olmayacaktı, şeklindeki bir mazeret Sözleşme organlarınca kabul görmemektedir. Örneğin, Mahkemenin, Zana-Türkiye Davası'nda da ortaya koyduğu üzere, başka bir suçtan dolayı mahkûmiyetini çekmekte olan kimsenin, yargılama süresince zaten hapiste olduğu için özgürlüğünü kaybetme tehlikesini hissetmeyeceği, bu nedenle de makul süreye uyulmamış olmasının onun bakımından önemli bir sonuç doğurmadığı kabul edilemezdir.[22] Çünkü infaz edilmekte olan cezaya ek olarak, başka bir fiilden dolayı tekrar ceza alma tehlikesi kişinin mağduriyetini doğurmaya yeterlidir.

Ceza davaları bakımından suç isnadı kavramını mahkemenin özerk olarak ele alması nedeniyle, makul sürenin belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulacak süreç, sadece olayın mahkeme önüne geldiği kovuşturma evresinden ibaret değildir.

Bir başka deyişle makul sürede yargılanma hakkı sadece inceleme konumuz olan duruşma devresi bakımından geçerli bir hak değildir.

Sözleşme organları, suç isnatları bakımından makul süre denetimi yaparken, ortaya çıkan şüphe nedeniyle ilgilinin durumunun önemli ölçüde etkilenmesiyle başlayan ve verilen cezanın kesinleşmesiyle tamamlanan[23] süreci dikkate almaktadırlar.[24]

Bu itibarla soruşturma evresinin önemli bir bölümü ve olağan kanun yolları da dâhil olmak üzere kovuşturma evresinin tamamı makul süre denetimine konu olan

19 Nitekim bir ülkedeki yargılama sisteminin kalitesini belirlemede kullanılan üç temel unsur vardır ve bunlardır birisi de hızlılıktır. Diğer ikisi ise maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ve cezai takibatın etkinliğidir. Feridun Yenisey, "Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği, Normal Çalışma Süresi ve Gecikme", Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ağustos 1996, s.575

20 Nevzat Toroslu, "Ceza Yargılamalarının Çabuklaştırılması Sorunu", Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ağustos 1996, s.613

21 İnceoğlu, age., s.357; Gölcüklü, agm., s.213; Stögmüller-Avusturya; Başvuru No. 1602/62 Karar tarihi: 10.11.1969 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.

22 Zana-Türkiye, agk.

23 Eckle-Almanya; Başvuru No. 813078 Karar tarihi: 15.07.1982 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.

24 Esas alınacak sürenin başlangıcı, ilgiliye, bir suç işlediği şüphesi altında bulunduğunun resmen bildirilmesi veya yakalanma, tutuklama kararının bildirimi, olayın öğrenilmesinden sonra şahitlerin dinlenmesiyle soruşturmanın başlatılması gibi başka herhangi bir surette haberdar edilmesi gerekir. Sürenin tamamlanması ise kesin hüküm niteliği arz eden yargısal kararla sona ermektedir. Hans-Meyer Ladewig, "Adil Yargılanma Hakkı-II", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev. Hakan Hakeri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.91

zaman dilimine dâhil olmaktadırlar.[25]

Makul süreye ilişkin olarak yakalama ve tutuklama bakımından özel hükümler Sözleşme'nin 5. maddesinde de öngörülmüştür. 5. maddenin 3. fıkrası ile 6. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemeler arasında yakın bir ilişki olmasına rağmen, her iki fıkranın amaçları birbirinden farklıdır. 5. maddenin 3. fıkrasındaki makul süre, tutuklama ve yakalamada gözaltı süresinin makul olmasını garantilemek amacını taşırken; 6. maddenin 1. fıkrasındaki makul süre, kanun yolları da dâhil olmak üzere muhakemenin tamamının makul süre içerisinde tamamlanmasını sağlamaya yöneliktir. Tutuklu yargılanan sanık bakımından ise her iki hakkın kullanımı birlikte ortaya çıkacaktır.[26]

b. Makul sürenin belirlenmesi

Muhakeme bakımından makul süre, belirli ve sabit bir süreden ibaret değildir. Her davanın kendine özgü bir kapsamı ve özelliği olması nedeniyle, her dava bakımından makul sürenin ayrı ayrı belirlenmesi gereklidir.[27] Ancak belirli ve sabit bir süre olmamasına rağmen, sekiz yıl ve üzerinde tamamlanmış muhakemeler bakımından, Mahkemenin istisnai hâller dışında hemen her zaman ihlal kararı verdiği görülmektedir.[28] Bu içtihat birikimi göz önüne alındığında, dava ne kadar karmaşık olursa olsun, her hâlükârda sekiz yıl ve daha uzun süreli davalar bakımından adil yargılanma hakkı ihlalinin oluştuğu kabul edilmelidir. Ancak bu durum sekiz yılın altındaki yargılama sürelerinin makul olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Nitekim olayın kapsamı ve özelliklerini dikkate almak suretiyle, Sözleşme organlarınca, iki yılda tamamlanan davaların bile makul sürede olmadığına karar verildiği vakidir.[29] Bu bağlamda, duruşma devresi gerçekleştirilirken, söz konusu süreye dikkat edilmeli ve makul sayılabilecek süre sınırı zorlayan davaların, mahkemece öncelikli olarak bitirilmesine gayret edilmelidir.

Makul süre denetiminde kullanılan kriterleri üç başlık altında toplamak mümkündür:

Davanın zorluğu, davanın başvuruda bulunan kimse bakımından önemi, başvuruda bulunan kimsenin tutumu ve yetkili ulusal makamların tutumu.[30]

Makul süre denetiminde bu kriterlerden hepsinin ortak etkisi birlikte değerlendirilerek karar verilmektedir. Dolayısıyla bu üç kriterden hiçbiri diğerlerinden bağımsız olarak tek başına belirleyici değildir.[31]

Davanın zorluğu: Davanın zorluğu mahkemenin makul süre denetimini yaparken kullandığı temel kriterlerden bir tanesidir. Dava dosyasının maddi ve hukuki açıdan tüm kapsamı, yargılamanın zorluğunu belirlemede dikkate alınır. Bu bağlamda,

25 Sözleşme organlarının kararları dikkate alındığında, şüphe nedeniyle kişinin durumunu önemli ölçüde etkileyen hâller şu şekilde ortaya çıkmaktadır: Suç işlediğine dair kişiye resmî bildirim yapılması, kişinin gözaltına alınması, tutuklanması, dokunulmazlığın kaldırılmasının talep edilmesi vs. İnceoğlu, age., s.364.
Ancak Mahkemenin bazı kararlarına bakıldığında, kişi hakkında soruşturmanın başlatıldığı andan itibaren makul süre denetimine konu olan sürecin başlamış sayıldığı da görülmektedir. Zana-Türkiye, agk.; Gölcüklü, agm., s.214 vd.

26 İnceoğlu, age., s.357

27 Ladewig, agm., s.91

28 İnceoğlu, age., s.359

29 H.-Birleşik Krallık, Başvuru No. 9580/81 Karar tarihi: 08.07.1987

30 Ladewig, agm., s.91 vd.

31 İnceoğlu, age., s.366

delillerin toplanmasındaki güçlük, özellikle ceza davaları bakımından sanık ve tanık sayısı, davanın uluslararası boyutunun ve bağlantısının bulunması, maddi olayın aydınlatılmasındaki güçlükler, olayın farklı hukuki düzenlemelere temas etmesi, birçok bilirkişiye duyulan ihtiyaç davanın zorluğunun belirlenmesindeki önemli etmenlerdir.[32] Ancak bu unsurlar davanın uzaması için tek başına yeterli değilse ve başka unsurların eklenmesiyle davanın karmaşıklığı davanın uzun sürmesi bakımından haklı bir gerekçe olmaktan çıkmaktadır.[33] Örneğin, Mansur-Türkiye Davası'nda, davanın uluslararası boyutu bulunmaktaydı. Ancak diğer devletten istenen belgeler, Türkiye'nin resmî kurumları arasındaki iletişimsizlik ve resmî makamların yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle zamanında elde edilememiş ve bu durum muhakemenin uzamasına neden olmuştur. Bu nedenle davanın uluslararası boyutu olmasına rağmen mahkeme, makul sürede yargılanma ilkesine aykırılık olduğuna hükmetmiştir.[34] Bu bağlamda, genelde cezası yüksek olan suçlara ilişkin uyuşmazlıklar daha çetrefil ve karmaşık yapıya sahiptirler.

Özellikle örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda, bu karmaşık yapı daha da yoğunlaşmaktadır. Dolayısıyla bu tür suçlara ilişkin görev yapan ağır ceza ve özel ağır ceza mahkemelerinde gerçekleştirilecek duruşmaların, diğer mahkemelerdeki duruşmalara nazaran daha uzun sürmesi doğaldır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere AİHM, sadece duruşmaya ilişkin olarak değil; muhakemenin geneli bakımından bu durumu göz önünde bulundurmakta ve karmaşık davalar bakımından yargılama süresinin daha uzun olmasını makul karşılamaktadır. Uygulamaya bakıldığı zaman da istatistiksel olarak bu mahkemelerdeki dava sürelerinin diğer mahkemelere nazaran daha uzun olduğu gözlenmektedir. Ancak adaletin sürate feda edilmesi de hiçbir zaman için kabul edilmemektedir. Bu itibarla bazen çok uzun süren davalarda Mahkemenin adaletin sağlanmasındaki zorluk nedeniyle makul sürenin aşılmadığına hükmettiği de görülmektedir.[35]

Örneğin Boddaert-Belçika Davası'nda Mahkeme, çetrefil bir cinayet olayına ilişkin uyuşmazlığın altı yıl üç ayda tamamlanmasını makul süreye uygun bulmuştur.[36] Benzer şekilde, ekonomik olarak bağlı birçok şirketin bulunduğu C.P. ve diğerleri-Fransa Davası'nda, cezai alana ilişkin ağır bir davanın 7 yıl 10 ay sürmesi makul sürede yargılanma hakkına uygun bulunmuştur.[37]

Bu husus gerçekten çok önemlidir. Muhakemenin çabuklaştırılması, bir ülke yargılama sistemindeki tek hedef olamaz. Ayrıca muhakemenin hızlılığı da her zaman için bir devletin, hukuk devleti ilkesine bağlı ve demokratik olduğunu da göstermez. Nitekim sanığın geniş savunma imkânlarının bulunmadığı, kanun yoluna başvurma yetkisinin olmadığı, ispat için yeterli delile gerek duyulmayan devletlerde muhakeme çok çabuk bitebilecek ve hatta hâkimler tek celsede karar verebileceklerdir. Bu nedenle, hukuk devleti ilkesi temelinde oluşturulmuş bir adaletin sürate feda edilmesi kabul edilebilir değildir.

32 Gölcüklü, agm., s.215; İnceoğlu, age., s.366; Ladewig, agm., s.92

33 İnceoğlu, age., s.367

34 Mansur-Türkiye; Başvuru No. 16026/90 Karar tarihi: 08.06.1995 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.

35 Nitekim, geciken adalet adalet değildir, özdeyişi ne kadar doğruysa da adaleti çabukluğa feda etmemeye de özen göstermek gerekir. Bu itibarla adaleti ve temeli adalet olan devleti zedeleyen gecikmelerin önlenebilmesi için, öncelikle bunun nedenlerinin iyi tespit edilmesi gerekir. Toroslu, Çabuklaştırma Sorunu, s.613

36 Boddaert-Belçika; Başvuru No. 12919/87 Karar tarihi: 12.10.1992

37 C.P. ve Diğerleri-Fransa; Başvuru No. 36009/97 Karar tarihi: 01.08.2000

Davanın başvuruda bulunan kimse bakımından önemi: Makul sürenin belirlenmesi bakımından, Sözleşme organlarının, başvuruda bulunan kişinin özgürlüğünün tehlikede olması hâline özel önem verdiği görülmektedir.

Bu itibarla çoğu kez kişinin özgürlüğüne karşı uygulanacak yaptırımların ve koruma tedbirlerinin söz konusu olduğu ceza davalarının, diğer davalara oranla daha çabuk sonuçlandırılması beklenmektedir.[38]

Ceza davalarının arasında da özellikle sanığın tutuklu bulunduğu davalar, diğerlerine nazaran daha fazla önem arz etmektedirler.[39] Çünkü bu tür davalar bakımından sanığın özgürlüğü hem mevcut durum itibarıyla kısıtlanmış bulunmaktadır hem de geleceğe dönük olarak kısıtlanması tehlikesi yoğun olarak hissedilmektedir. Mahkeme tarafından, Wemhoff-Almanya Kararı'nda, ceza davaları içerisinde de tutuklu sanığın davasının öncelikli olarak bitirilmesi için özel gayret gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu itibarla, taraf devletlerin yargılama makamları bakımından, tutuklu işlerde, diğer ceza davalarına nazaran daha hızlı hareket etme yükümlülüğü doğmuştur.[40] Bu bağlamda CMK'da, şüphelinin tutuklu olup olmadığının, tutuklanmış ise gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların sürelerinin iddianamede gösterilmesi açıkça hüküm altına alınmıştır (CMK. m. 170/2/k). Böylelikle tutuklu işlere öncelik verilebilmesi için, mahkemenin sanığın tutuklu olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olması amaçlanmıştır. Uygulamada tutuklu kişilere ilişkin iddianamelerin başına "tutuklu" ibaresi yazılmak suretiyle bu hüküm yerine getirilmektedir.[41] Ayrıca tutuklu işler, adli tatil süresince de görülen acele işlerden sayılmaktadır (CMK. m. 331/2).

Başvuruda bulunan kimsenin tutumu: Makul sürenin belirlenmesinde önemli olan diğer bir unsur da başvuruda bulunan kimsenin muhakeme boyunca gösterdiği tutumdur. Makul sürenin ihlal edildiğinin kabulü için devletten kaynaklanan bir gecikme olması gerekmektedir. Bu itibarla sanığın muhakeme boyunca göstermiş olduğu tutumdan kaynaklanan gecikme devlete yüklenemez. Özellikle ceza davalarında sanık, adli makamlara iş birliği yapmak zorunda değildir[42] ve iç hukukta kendisine tanınan, hâkimin reddi gibi birtakım hakları kullanması nedeniyle makul sürenin aşılması bakımından kusurlu bulunamaz.[43] Ancak yine de sanığın yargılama sırasındaki genel tutumu, makul süre tespit edilirken dikkate alınmaktadır.[44] Bu itibarla örneğin, sürelere uymayan, savunma tezlerini zamanında ve tam olarak ileri sürmeyen sanığın bu davranışları makul süreye uyulup uyulmadığının belirlenmesinde göz önünde tutulur.[45]

Aynı şekilde eğer sanık kaçmak suretiyle muhakemeyi geciktirmişse bu durum, taraf devletin sorumluluğu sayılamaz.

Yetkili ulusal makamların tutumu: Muhakemenin makul sürenin üzerine çıkması hâlinde, devletin idari ve yargısal organlarına atfedilebilecek her türlü

38 İnceoğlu, age., s.359
39 Ladewig, agm., s.92
40 Wemhoff-Almanya, agk.
41 Centel-Zafer, age., s.344
42 Eckle-Almanya, agk.
43 Ladewig, agm., s.92
44 İnceoğlu, age., s.369
45 Ladewig, agm., s.92

gecikmeden devlet sorumlu tutulmaktadır. Bu itibarla yetkili ulusal makamların muhakeme boyunca gösterdikleri tutum da makul süre denetimi yapılırken göz önünde bulundurulan önemli hususlardan birisidir. Yargısal organlar, davanın hızlı bir şekilde bitirilmesi konusunda yükümlülük sahibi olsalar da bu hiçbir surette adaletin sürate feda edilmesi demek değildir. Sözleşme organları da adil yargılanma hakkına ilişkin denetim yaparken bu iki yükümlülük arasında bir dengenin olmasına dikkat etmektedirler. Bu itibarla AİHM'nin, adaletin daha iyi sağlanabilmesi için mahkemelerin; davaları birleştirme, delil toplama gibi nedenlerle davayı uzatmalarını belirli bir noktaya kadar makul kabul ettiği görülmektedir. Ancak bu tür kararların yargılamayı uzatacağı hesaplanmalı ve bu tür işlemler nedeniyle kaybedilen vakit davanın sonraki aşamalarında daha çabuk davranılmak suretiyle telafi edilmeye çalışılmalıdır.[46] Makul süreye uyulması bakımından bazı durumlarda ulusal yargılama makamları kendi üzerlerine düşen görevleri layıkıyla yapmalarına rağmen, yargıç açığı, siyasi ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı gibi zorluklar nedeniyle makul sürenin aşılması hâlinde de devletin sorumluluğu doğmaktadır.[47] Çünkü devlet sadece yargılama organlarının değil, tüm devlet kurumlarının adil yargılanmayı sağlamak için gerektiği şekilde hareket etmelerini sağlamakla yükümlüdür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, yargı sistemi içerisindeki hâkim, savcı ve diğer personelin sayısının arttırılmasının tek başına makul sürede yargılamayı sağlamak bakımından yeterli olamayacağıdır. Nitekim bu tür sorunların giderilmesinde çoğu kez görevlilerin niteliği de en az görevli sayısı kadar büyük önem arz etmektedir. Bu itibarla çözüm çok sayıda hâkim savcı istihdam etmek değil; yeterli sayıda ancak nitelikli hâkim ve savcılar yetiştirebilmektir. [48]Gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde yapılan araştırmalar göstermiştir ki davaların makul sürede sonuçlandırılmasında veya davaların uzamasında hâkimin kişiliği, görev bilinci, özveride bulunma özelliği ve motivasyonu en önemli etmenlerdir. Bu bağlamda hâkimlerin daha fazla motivasyon sağlamaları için, ücretlendirme ve diğer yardımcı motivasyonlar bakımından iyileştirilmeye gidilmelidir.[49]

7.2.2. Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı ve Duruşma

Kanunla kurulumuş mahkemede yargılanma: Kanunla kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanma hakkı 6. maddenin 1. fıkrasında açıkça zikredilen haklardandır ve en genel anlamıyla doğal hâkim ilkesinin Avrupa insan hakları

46 İnceoğlu, age., s.372 vd.

47 Hâkim kadrolarının dolu olmaması ve diğer personelde eksiklik bulunmasının gecikmelere neden olduğu hâllerde, hızlı bir şekilde gerekli tedbirler alınmalıdır. Mahkemelerin uzun yıllardır birikmiş dosyalarla uğraşıyor olması, aleyhine başvuruda bulunulan devlet bakımından makul ve geçerli bir savunma olarak kabul edilemez. Nitekim Sözleşme organlarının istikrarlı içtihatları Sözleşmeye Taraf Devletlere, mahkeme sistemlerini makul sürede yargılanma da dâhil olmak üzere 6. maddenin gereklerine uyarlamaları ödevini yüklemektedir. Ladewig, agm., s.92

48 Belirtmek gerekir ki hâkim, savcı sayısını arttırmak adaletin işleyişini hızlandırmaya yeterli değildir. Bunların nitelikleri de çok önemlidir. Hâlen hâkim ve savcıların seçiminde gerekli özenin gösterildiği söylenemeyeceği gibi, bunların gereği gibi yetiştirildikleri de söylenemez. Fakültelerdeki eğitimin yetersizliği bir yana, mevcut staj sistemi; kıdemli hâkimlerin, yargı sistemimize yerleşmiş olan yanlış ve çarpık uygulamaları geleceğin hâkim ve savcılarına aktarmasından başka bir işe yaramamaktadır. Bu itibarla iyi bir staj sistemi oluşturulmalıdır. Ayrıca hâkim ve savcılar sürekli meslek içi eğitime tabi tutulmalı ve böylece bunların meslek hayatları boyunca fakültede öğrendikleri ve çoğu eskimiş bilgilerle veya kendilerini kısır döngü içine sokan Yargıtay kararları ile adalet dağıtmaları önlenmeye çalışılmalıdır. Toroslu, Çabuklaştırma Sorunu, s.614

49 Dönmezer-Yenisey, agm., s.1406

alanındaki yansımasını ifade etmektedir.[50] Hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu hemen bütün ülkelerde anayasal güvence altına alınmış olan bu hak[51] kapsamında öncelikle, sanığın yargılanacağı mahkemenin; kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulünün kanunla belirlenmiş olması gerekliliği yer alır. Kanunla kurulmuş mahkeme ifadesi lafzi olarak ele alındığında; kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulü kanunla belirlenmiş olan her mahkemenin, bu hak bağlamında gerekli tüm şartları bünyesinde barındırdığı düşünülebilir. Ancak kanunla kurulmuş mahkeme ifadesinin, bunlar haricinde içerdiği bir başka unsur daha vardır ki o da cezai uyuşmazlığın konusu olan olay ortaya çıkmadan önce bu sayılanların belirlenmiş olması zorunluluğudur.

Bir başka deyişle, sanığın yargılanacağı mahkemenin kanunla kurulması ve daha sanık fiili işlemeden önce, sanığın işlediği fiili yargılamak bakımından kanunla yetkili kılınmış olması gereklidir.[52]

AİHK'ya göre, mahkemenin kanunla kurulması ve yargılama yetkisinin kanunla belirlenmesi gerekir. Ancak bu zorunluluk tüm ayrıntıların kanunla düzenlenmesi anlamına gelmemektedir. Bu konulara ilişkin genel çerçevenin kanunla belirlenmiş olması yeterlidir. Bu itibarla ihtiyaca göre belirli bir yerde mahkeme kurulması yetkisini bakanlığa veren düzenleme, kanunla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını zedeler kabul edilmemiştir.

Bağımsız bir mahkeme önünde yargılanma: AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında açıkça ifade edilen haklardandır. Bu bağlamda duruşmayı gerçekleştirecek mahkemenin hem bağımsız hem de tarafsız olması, sanığın adil yargılanma hakkının bir gereğidir.[53] Bağımsızlık ve tarafsızlık birbiriyle yakından ilişkili ancak birbirinden farklı iki konudur. Mahkemenin bağımsızlığı, tarafsızlığının ön şartıdır ve tarafsızlıktan daha soyut bir anlam içerir.[54]

50 6. maddede açıkça düzenlenen bu başlık altında inceleyeceğimiz kanunla kurulmuş mahkeme önünde yargılanma hakkı ve bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkıyla yakından ilişkili bir diğer hak da mahkemeye başvurma hakkıdır. Genel ilkeden hareketle AİHM'nin ortaya koyduğu önemli haklardan birisi olan mahkemeye başvuru hakkına ne burada ne de genel ilkeye ilişkin kısımda ayrı bir başlık altında yer verdik. Çünkü inceleme konumuzun duruşma olması nedeniyle, mahkemeye başvurma hakkı, inceleme konumuzla doğrudan bağlantılı bir hak değildi. Ancak kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanama haklarının doğal bir yansıması olması bakımından, söz konusu hakka dipnotta da olsa kısaca değinmeyi uygun buluyoruz.
Anayasa'mızın da 36. maddesinde "herkes ... yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ... hakkına sahiptir" denilmek suretiyle güvence altına alınan bu hak, AİHM tarafından 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel ilkeden hareketle ortaya koyulmuştur ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi bakımından büyük önem arz eder. Nitekim hukuk devleti en basit hâliyle idarenin de hukukla bağlı olmasını ve onun faaliyetlerinden zarar görenlerin, ondan bağımsız bir mahkemeye başvurarak haklarını arayabilmelerini ifade eder. Bu hakkın ceza muhakemesi açısından da önemli yansımaları vardır. Hakkın, mahkemeye başvurma hakkı şeklindeki başlığına binaen, sadece sanık bakımından muhakeme sürecinin adilliğini teminat altına alan adil yargılanma hakkı kapsamında, suçtan zarar görene de şahsi dava açma hakkı tanındığı düşünülmemelidir. Ceza muhakemesi açısından mahkemeye başvurma hakkı, suç isnadı altında bulunan kimsenin, isnadın bir yargılama makamı tarafından karara bağlanmasını talep edebilmesini ifade etmektedir. Birinci bölümde belirtildiği üzere bazı idari suçları da ceza hukuku kapsamında değerlendiren AİHM, Avusturya'ya karşı açılan bir dizi davada trafik suçlarına ilişkin olarak verilen idari cezaları maddi ve hukuki açıdan denetleyecek bir mahkemeye başvuru imkânının olmamasını, mahkemeye başvurma hakkının ihlali nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur. Bu konuda bk. İnceoğlu, age., s.113 vd.

51 Özen, age., s.74

52 AİHM de içtihatlarıyla ortaya koyduğu üzere kanunla kurulmuş mahkeme ifadesini bu şekilde ele almaktadır. "Yasayla kurulmuş mahkeme kuralı gereğince, gerek mahkemenin kuruluş ve yetkileri gerekse izleyecekleri yargılama usulü, yürütmenin düzenleyici tasarrufları ile değil, yasa yoluyla ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır. Böylece kişi veya olaya göre yargılama organı oluşturma yolu kapanacak, olası keyfîlikler önlenecektir." TÜSİAD Raporu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, TÜSİAD yayını, İstanbul 2003, s.55

53 David Harris, "The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Rights", International and Comparative Law Quarterly, 16, 1967, s.353

54 Adil yargılanma hakkının bu çekirdek unsurunun ihlal edildiği iddiaları, Sözleşme organları önünde birçok davanın açılmasına neden olmuştur. Bu iki unsur çoğu kez birbiriyle örtüşmektedir. Nitekim bağımsızlığın olmaması, objektif bir tarafsızlığın da olmaması sonucunu doğurmaktadır. Karen Reid, Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, Çev. Bahar Öcal Düzgören, Scala Yayıncılık, İstanbul: 2000, s.110

Bağımsızlık, mahkemenin genel olarak yasama, yürütme, yargı ve dış etkilere karşı korunmasını ifade ederken; tarafsızlık, somut olay bakımından mahkemenin uyuşmazlığın tarafları arasında yanlı olmamasını ifade eder.

Sözleşme organlarının, bağımsızlığı yorumlarken tarafsızlıktan net olarak ayırmadıkları ve bazen tarafsızlığa ilişkin hususları da bağımsızlık kavramı içinde değerlendirdikleri görülmektedir.[55]

Sözleşme organlarının, iç hukuk mahkemelerinin bağımsızlığına ilişkin karar verirken, bağımsızlığa ilişkin teorik temeller karşısındaki uygulama aykırılıklarından çok, somut olayı dikkate aldıkları ve somut olayın şartlarına göre karar verdikleri görülmektedir. Örneğin, Campbell ve Fell Davası'nda, mahkeme üyelerinin görevden alınamayacaklarına ilişkin açık bir hükmün iç hukukta bulunmaması, mahkemelerin bağımsız olmadıklarının göstergesi olarak kabul görmemiş ve istisnai durumlar dışında üyelerin görevden alınmayacaklarına ilişkin bir uygulamanın olması bağımsızlık açısından yeterli görülmüştür.[56]

Hâkimlerin mesleğe girişi, atanma ve özlük işlerinin düzenlenmesi, hâkim bağımsızlığını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu itibarla bu konuda yapılacak düzenlemeler hâkim bağımsızlığının güçlenmesine veya zayıflamasına yol açacaktır.[57] AİHM içtihatlarına bakıldığında, mahkemelerin bağımsızlığı değerlendirilirken, hâkimlerin atanma biçimlerinin, tek başına onların bağımsız olup olmadıkları konusunda belirleyici olmadıkları görülmektedir. Mahkeme bu durumu tek başına değil, bağımsızlık bakımından gerekli diğer unsurlarla birlikte ele almaktadır. Bu bağlamda örneğin mahkeme üyelerinin bir bakan tarafından atanması her zaman bağımsızlık ilkesine aykırı bulunmamaktadır.[58]

Dolayısıyla Türkiye bakımından, Adalet Bakanının başkanlık ettiği ve müsteşarının kurul üyesi olduğu Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, hâkimlerin mesleğe kabul ve atama işlemlerini yapması (Any. m. 159/3) tek başına mahkemelerin bağımsız olmadığını göstermeye yeterli olmamakta ve adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil etmemektedir.

AİHM, Uslu-Türkiye Kararı'nda ise; kararları yargı denetimi dışında olan HSYK'nın hâkim atamaları yapmasının, mahkemelerin bağımsız olmadığını gösteren yeterli bir neden olmadığı kanaatine varmıştır. [59]

İncal-Türkiye Kararı'nda Mahkeme, DGM'lerle ilgili olarak, mahkemede asker bir üyenin bulunmasının sanığın mahkemeye olan güvenini önemli ölçüde etkileyebileceğini ve bunun da yersiz olmadığını kabul etmiştir.

Ayrıca mahkemece verilen kararın Yargıtay denetiminden geçmesi de Yargıtayın uyuşmazlık hakkında tam yetkili olarak yargılama yapan bir mahkeme olmaması nedeniyle, bağımsızlık bakımından ortaya çıkan sorunu gidermeye

55 Beumartin-Fransa, agk.

56 Campbell ve Fell-Birleşik Krallık, agk.; İnceoğlu, age., s.162, 170

57 Muharrem Özen, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.56

58 Gölcüklü, agm., s.211; Campell ve Fell-Birleşik Krallık, agk.

59 İnceoğlu, age., s.169

yetmemektedir.[60]

Aynı şekilde, Arı-Türkiye Kararı'nda da Mahkeme, sıkıyönetim mahkemelerinde bulunan iki askerî yargıç ve bir subayın mahkemenin bağımsızlığı ilkesini zedelediği sonucuna varmıştır.[61]

Tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma: Hâkimin görevini gerektiği şekilde yapabilmesi için hâkim bağımsızlığının sağlanması tek başına yeterli değildir. Bağımsızlık kadar önemli olan ve bu kurumu tamamlayan tarafsızlığın da sağlanması gerekir.[62] Bu bağlamda mahkemenin tarafsızlığı onun bağımsızlığı ile yakından ilgilidir. Her şeyden önce idareden bağımsız olmayan bir mahkemenin, idarenin doğrudan taraf olduğu davalarda tarafsız kalması mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde bağımsızlığı teminat altında olmayan mahkeme, bağlı olduğu kişi ve kuruluşların emir veya telkinleri doğrultusunda da görmekte olduğu davada yanlı davranabilecektir.

AİHS m. 6 kapsamında mahkemenin tarafsızlığı, mahkeme üyelerinin tamamının veya bir kısmının taraflardan birisi aleyhine veya lehine bir duygu veya çıkara sahip olmamasını ifade eder.[63]

Mahkemenin tarafsızlığını incelerken, AİHM'nin, subjektif (öznel) ve objektif (nesnel) tarafsızlık ayrımı yaptığı görülmektedir.

Subjektif tarafsızlık, mahkeme üyesinin kişisel durumuna ilişkindir. Bir başka deyişle, subjektif tarafsızlık denetlenirken hâkimin birey olarak davada tarafsız olup olmadığına bakılır. Objektif tarafsızlık ise mahkemenin davanın tarafı olan kimselerde bıraktığı izlenime ilişkindir.

Mahkeme üyesinin, objektif yönden tarafsızlığı incelenirken, onun taraflara güven veren bir görünüme sahip olup olmadığı, tarafsızlığı sağlamak için, davanın taraflarında oluşabilecek makul şüpheyi ortadan kaldıran tedbirlerin alınıp alınmadığı dikkate alınır.[64]

Mahkeme üyelerinden herhangi birisinin subjektif olarak tarafsız olup olmadığı belirlenirken, taraflardan birisi hakkında tarafgir bir tutumu olup olmadığı sorusunun cevabı aranır.[65] Kişisel bir tarafgirlik olduğunu gösteren deliller, bu hususu

60 İnceoğlu, age., s.176 vd.

61 Arı-Türkiye; Başvuru No. 29281/95 Karar tarihi: 25.09.2001; Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus askerî hâkimlerin, sivil kişilerin yargılanmalarına ilişkin davalarda görev almalarının mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini zedelediğidir. Yoksa asker kişilerin yargılanmalarında görev alan askerî hâkimler bakımından, bağımsızlık açısından bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Nitekim Yavuz-Türkiye Kararı'nda da AİHM, askerî konulara ilişkin olarak yargılama yapan askerî mahkemede görev yapan hâkimlerin bağımsızlıklarına ilişkin aykırılık görmemiştir. AİHM, sivil kişilerin yargılanmaları ve askerî kişilerin yargılanmaları bakımından konuyu ayrı ayrı ele almaktadır. Ancak bu demek değildir ki askerî kişilerin yargılanmaları bakımından mahkemelerin bağımsız olması şart değildir. Bilakis askerî kişilerin, askerî mahkemelerde yargılanmalarına ilişkin davalarda da hâkimlerin bağımsızlığı ayrıca denetlenmekte ama özellikle dışa karşı bağımsızlık bakımından sivil kişilerin yargılanmalarına ilişkin davalardan farklı ele alınmaktadır. İnceoğlu, age., s.180 vd.

62 Özen, age., s.105; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, tarafsızlık yerine objektiflik terimini kullanmayı tercih etmektedirler. Nitekim yazarlara göre tarafsızlık, objektifliğin sadece bir yönüdür. Bunun dışında kişilikten sıyrılma olarak ifade edilen ikinci bir yönü daha vardır. Bu ikinci yön, hâkimin karar verirken tüm kişisel görüşlerinden ve değer yargılarından sıyrılmasını gerektirir. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.311 vd.

63 Gölcüklü-Gözübüyük, age., s.212

64 Öztürk-Erdem, age., s.226; İnceoğlu, age., s.183, Gölcüklü, agm., s.212 vd.

65 "(...) Kaldı ki adalet sembolünün, elinde terazi olan gözü kapalı bir kişi olarak kabul edilegelmesi de hâkimin taraflardan birinin olumlu veya olumsuz etkisi altında kalmaması gerektiğini gösterir. Hâkim, gözü ne kadar kapalı olursa, yani taraflara ne kadar yabancı kalabilirse, o ölçüde doğru ve isabetli karar verir." Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.312

kanıtlamaya yeterli olmadığı sürece, mahkeme üyesinin tarafsız olduğu kabul edilmektedir. Sözleşme organlarının uygulamalarında bu varsayım çok güçlü olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki bu konuda şu ana kadar Sözleşme organlarına yapılan sürekli başvurulara rağmen, bir yargıcın subjektif tarafsızlığına ilişkin hiçbir iddia kabul görmemiştir. Bu bağlamda yargılama sırasında hâkim tarafından yapılan yorumlar ve müdahaleler, yargılama süreci bütün olarak dikkate alınıp subjektif tarafsızlığa aykırı bulunmamıştır. Ancak hâkimce yapılan bu tür yorumlar objektif tarafsızlığa ilişkin olarak dikkate alınabilecektir.[66]

Objektif tarafsızlıkta, hâkimin tarafsızlığına ilişkin herhangi bir makul kaygıyı bertaraf edebilecek yeterli güvencelerin olup olmadığı önemli rol oynar. Nitekim mahkemenin dış görünüşünün ve bu görünüşün tarafların adil yargılanmaya ilişkin beklentileri üzerindeki etkisinin, muhakemenin adilliğinin belirlenmesinde önemli bir payı vardır.[67] Nitekim mahkeme kararlarının özellikle taraflar bakımından kabul görmesinin en önemli gereği, hâkimin tarafsızlığına olan inançtır.[68] Fey-Avusturya Kararı'nda da açıkça belirtildiği üzere, objektif tarafsızlığın zedelenmesi hâlinde, demokratik bir toplumdaki mahkemelerin, topluma ve özellikle ceza davalarında sanığa verdiği güven hissi tehlikeye atılmış olur. Bu itibarla, Sözleşme organlarının objektif tarafsızlığa büyük önem verdiği görülmektedir.[69] AİHM'nin objektif tarafsızlığa ilişkin davaların sonunda verdiği kararlarlarda, sıklıkla şu özdeyişi kullandığı görülmektedir:

"Adalet sadece gerçekleştirilmemeli, gerçekleştirildiği de görülmelidir."[70]

Tarafsızlık açısından hâkimin görev aldığı bir uyuşmazlık bakımından, uyuşmazlığın önceki aşamalarında görev almış olması bazı hâllerde onun tarafsızlığını etkileyebilecektir. Bu itibarla, bir uyuşmazlığın soruşturma evresinde görev yapmış olan bir hâkimin kovuşturmada da görev yapması veya kovuşturmada görev yapmış olan bir hâkimin kanun yolu incelemesinde görev almasının onun tarafsızlığı bakımından önem taşıdığı açıktır. Sözleşme organları, hâkimin uyuşmazlığın daha önceki evrelerinde görev almış olmasının, tek başına onun taraflı olduğunu ispatlamaya yetmeyeceği kanaatindedirler.[71] Eğer hâkim, soruşturma evresinde uyuşmazlığa ilişkin bir rol üstlenmişse ancak bu, uyuşmazlığa ilişkin esasa ilişkin olmayan işlemlerden ibaretse tarafsızlığın ihlalini oluşturmayabilecektir. Buna karşın, soruşturma evresinde yargıcın yaptığı işlem veya verdiği karar, uyuşmazlığın esasa ilişkin bir hususunun ön kararı niteliğinde ise tarafsızlık ilkesinin ihlalini oluşturabilecektir.[72] Tarafsızlığın zedelendiğinin kabulü için kovuşturmada görev yapan hâkimin, soruşturma evresinde muhakkak bir yargılama makamı olarak görev yapmış olması da şart değildir. Eğer hâkim soruşturma evresinde savcı olarak görev almışsa da tarafsızlığın zedelendiği kabul edilmektedir.[73] Nitekim bir ceza davasına ilişkin olarak sanığı itham eden makam ile onu yargılayan makamın aynı olması tarafsızlığı şüpheye düşüren önemli konulardan birisidir. Bu itibarla, yargılama makamı olarak görev yapan bir organın

66 İnceoğlu, age., s.183

67 İnceoğlu, age., s.184

68 Özen, age., s.105

69 Fey-Avusturya; Başvuru No. 14396/88 Karar tarihi: 24.02.1993

70 "Justice must not only be done, it must also be seen to be done." Campell ve Fell-Birleşik Krallık, agk.; Esser, age., s.400

71 Fey-Avusturya, agk.

72 İnceoğlu, age., s.180

73 Piersack-Belçika; Başvuru No. 8692/79 Karar tarihi: 01.10.1982 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir. Bu bağlamda, CMK m. 22/1/g'deki, aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmış hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olmasına dair düzenleme, hâkimin tarafsızlığı kurumu bakımından önemli bir işlevi yerine getirmektedir.

sanığı ithamı söz konusuysa, adil yargılanma hakkının zedelenmemesi açısından, söz konusu uyuşmazlık bakımından ithamı yapan organdan başka bir yargılama organının görev yapması gereklidir.[74]

Tarafsızlık bakımından bir diğer önemli konu da iddia ve yargılama makamlarının birbirinden ayrılması zorunluluğudur. İddia makamı ile yargılama makamının birleşmesine ilişkin olarak, duruşmanın düzen ve disiplinine ilişkin CMK'nın 203. maddesindeki düzenlemeye de değinmeyi uygun buluyoruz. Söz konusu maddenin 2 ve 3. fıkralarına göre: *"(2) Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellememek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder. (3) Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve hâkim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhâl dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz."* Dikkat edilecek olursa burada ilgili kimsenin duruşma disiplinini bozduğunu veya dışarı çıkmamaya direndiğini iddia eden makam yargılama makamıdır. Kendi iddiasına ilişkin olarak hapis cezasına hükmeden makam da yine yargılama makamıdır. Dolayısıyla iddia ve yargılama makamı sıfatları tek bir mercide birleşmektedir. Bu tür durumlar da mahkemenin tarafsızlığı bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ancak öngörülen hapis cezası disiplin cezasıdır ve bir tür idari işlemdir. Öngörülen cezanın miktarının ve ilgili kimse bakımından sonuçlarının çok ağır olmaması nedeniyle söz konusu durum adil yargılanma hakkı bakımından sorun teşkil etmez kanaatindeyiz. Nitekim AİHM genelde üç dört gün civarındaki hapis cezalarına ilişkin disiplin cezalarını makul karşılamakta ve özerk olarak da disiplin cezası olarak kabul etmektedir. Ancak ceza miktarı veya ilgili kişi bakımından cezanın sonuçları daha ağır olsaydı bu durumda AİHM iç hukukta verilen cezanın disiplin cezası olarak kabul edilip edilmediğine bakmaksızın suç isnadı kavramını özerk bir kavram olarak ele alacak ve büyük olasılıkla adil yargılanma hakkının ihlaline karar verecektir. Bu bağlamda CMK'da söz konusu maddedeki disiplin cezasının dört gün gibi kabul edilebilir bir süreyle sınırlandırılması gayet yerinde olmuştur.[75]

Kovuşturma sırasında görev yapan yargıcın aynı zamanda soruşturma evresinde sorgu hâkimi (görevli sulh ceza hâkimi) olarak görev yapmış olmasının AİHM önüne geldiği davalardan birisi de De Cubber-Belçika Davası'dır.[76] Ancak bu karar bakımından dikkat edilmesi gereken husus, AİHM bu kararı ile soruşturma sırasında tutuklama kararı veren her hâkimin, kovuşturma sırasında görev alması hâlinde,

74 Nitekim savcılık kurumunun oluşturulması ve modern ceza muhakemesinde, yargılama makamının kendiliğinden bir davaya bakamamasını ifade eden davasız yargılama olmaz ilkesine geçerlilik kazandırılmasındaki en önemli nedenlerden birisi de hâkimlerin tarafsızlığının teminine ilişkin düşüncelerdir.
Öztürk-Erdem, CMK'da kabul edilen iddianamenin iadesi kurumunun, bu bağlamda da önemli bir fonksiyon yerine getirdiğini ifade etmektedirler. Nitekim iddianamenin iadesi kurumunun kabulü dolayısıyla mahkeme, örneğin, eksiklikleri ve yanlışlıkları bulunan iddianameyi iade etmek yerine kendisi delil toplamaya, eksiklikleri tamamlamaya ve hataları düzeltmeye kalkışamaz. Çünkü iddia faaliyeti ile yargılama faaliyeti tek bir kişide birleşemez. Birleşirse mahkemenin tarafsızlığı zedelenmiş olacaktır. Öztürk-Erdem, age., s.641

75 CMUK döneminde de CMK m. 203/3'tekine benzer bir düzenleme, Kanun'un 379. maddesinde bulunmaktaydı ve hâkim söz konusu düzenlemeye göre duruşma disiplinini bozan kimseye bir haftaya kadar hafif hapis cezası verebiliyordu. Bu bir haftalık süre AİHM içtihatlarına bakıldığında suç isnadı kapsamında değerlendirilebilecek bir süredir. Eğer yeni kanunda da aynı süre korunmuş olsa ve m. 203'e göre bir hafta hapis cezası alan bir kimse, tarafsız hâkim ilkesine aykırılıktan AİHM'ye başvurmuş olsaydı; muhtemelen Mahkeme adil yargılanma hakkının ihlaline hükmederdi kanaatindeyiz. Bu nedenle yeni kanun koyucu, hapis cezasına konu olan süreyi dört güne indirmekle yerinde bir düzenleme yapmıştır.

76 De Cubber hakkında yargılama yapan mahkeme üyelerinden birisi, uyuşmazlığa ilişkin soruşturma sırasında görev yapmış ve De Cubber hakkında tutuklama kararı vermiştir. Bu uyuşmazlığa ilişkin başvuru sonucunda söz konusu hususun tarafsızlık ilkesini zedelemek suretiyle adil yargılanma hakkına zarar verip vermediğini inceleyen AİHM, yaptığı inceleme sonucunda Belçika'nın hukuk sistemi bakımından sorgu hâkimi ile savcılık arasında çok büyük farkların olmadığını, sorgu hâkiminin de savcı gibi hazırlık soruşturması sırasında delil toplayıp, tanık dinleyebildiğini ve soruşturma dosyası hakkında ayrıntılı bilgilere sahip olabilmek gibi, soruşturma bakımından çok geniş yetkilere sahip olduğunu görmüştür. Bu nedenle, Belçika'daki bahsi geçen hukuk düzenlemeleri karşısında, sanık hakkında soruşturma sırasında görev yapan ve tutuklama kararı veren hâkimin, söz konusu uyuşmazlık bakımından sanıkta tarafsızlığa ilişkin makul bir şüphe oluşturabileceğine karar verilmiş ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. De Cubber-Belçika; Başvuru No. 9186/80 Karar tarihi: 26.10.1984 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.

tarafsızlığın şüpheye düşeceğine hükmetmemiştir. Söz konusu olay bakımından adil yargılanma hakkının zedelendiğine ilişkin karar verilmesinin asıl nedeni Belçika hukukunda sorgu hâkimi ile savcılık kurumunun birbirine çok yakın oluşu ve sorgu hâkiminin savcı gibi birçok soruşturma işlemini yapabiliyor olmasıdır. Nitekim mahkeme daha sonraki kararlarında, soruşturma sırasında tutuklama kararı veren hâkimlerin kovuşturma sırasında görev almasını tarafsızlık bakımından sakıncalı bulmamıştır.[77]

7.2.3. Aleni Yargılanma Hakkı ve Duruşma

AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında, hem medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin hem de cezai alanda kendisine yapılan isnatlara ilişkin uyuşmazlıklarda herkesin aleni olarak yargılanma hakkının olduğu belirtildikten sonra hükmün de aleni duruşmada verileceği hükme bağlanmıştır.[78] 1. fıkranın devamında ise demokratik bir toplumda kamu düzeninin, millî güvenliğin veya genel ahlakın yararına veya küçüğün menfaati, davaya taraf olanların özel yaşamlarının korunması veya adaletin selametine zarar verilebilecek bazı özel durumlarda, mahkemece zorunlu görülecek ölçüde, aleniyetin basına ve kamuya karşı dava boyunca kısmen veya tamamen kaldırılabileceği ifade edilmektedir.

Yargılamanın aleniliği, bireyleri gizli yargılamalardan korumayı, mahkeme kararlarına güveni sağlamayı ve adil bir yargılamayı güvence altına almayı amaçlamaktadır.[79]

Önceleri aleniyet ilkesi devlet gücünün keyfiyetini kontrole ve bundan korunmaya hizmet ederken, günümüzde aleniyet ilkesinin esasını kamunun bilgilenmeye ilişkin menfaati oluşturmaktadır.[80]

AİHS'nin 6. maddesinde aleniyete ilişkin olarak, taraf devletlere iki temel yükümlülük getirildiği görülmektedir:

Bunlar, duruşmanın aleni olarak yapılması ve hükmün aleni olarak verilmesidir.[81]

Ancak yükümlülükler mutlak değillerdir. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere 6. maddenin 1. fıkrasının devamı cümlelerinde, bu yükümlülüğe, taraf devletlerin hangi hâllerde istisna getirebileceği düzenlenmiştir. Hatta bazı hâllerde davanın aleniyetinin kaldırılması zorunludur. Bu tür zorunlu durumların söz konusu olduğu

77 Hauschild-Danimarka; Başvuru No.10486/83 Karar tarihi: 24.05.1989 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir. Yargıtayın da CMUK döneminde, kesin ve sübuta ilişkin bir durum olmadığından tutuklama kararı verilmesinin oy belli etme şeklinde yorumlanamayacağı ve dolayısıyla tarafsızlığı zedelemeyeceği yönünde bir içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır (İBK, 5/12/1977, RG. 11/2/1978). Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.317 vd. dipnot, 75

78 Erem'e göre aleniyet ilkesi, duruşmadaki en önemli ilkedir. Bk. Faruk Erem, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 1986, s.283

79 Ladewig, agm., s.87; Tosun'a göre ise duruşmanın aleniyeti iki temel nedene dayanmaktadır: Bunlar; hukuk teminatını ve toplumun haber alma hakkını gerçekleştirmektir. Aleniyet, duruşmada yargılama makamını işgal edenlerin görevlerini kötüye kullanmalarının engellemesi bakımından, vatandaşlar için bir teminat teşkil eder. Bunun için gizli adaletin en büyük adaletsizlik olduğu söylenmiştir. Bu ilke aynı zamanda toplumun haber alma hakkını da gerçekleştirir. Haber alma hakkı, anayasalarda düzenlensin veya düzenlenmesin, devlet işlerinin yürütülmesinden ve gidişatından halkın haberdar olması bakımından demokratik düzenlerde vazgeçilmez bir haktır. Tosun, age., s.143

80 Werner Beulke, Strafprozessrecht, Heidelberg: C.F. Müller, 2005, s.216; Ancak her ne kadar olumlu yönleri daha fazla olsa da aleniyetin de bazen olumsuz sonuçları ortaya çıkabilmektedir. Aleniyet prensip olarak sanığın lehine olmakla birlikte, bazı durumlarda sanık bazen de mağdur bakımından onur kırıcıdır. Aleniyet, zina ve ırza geçme gibi durumlarda mağdurları da gereksiz olarak rencide edici olabilir. Örneğin bu gibi durumlarda mağdurun kocası, karısı, çocukları da bu durumdan zarar görebilirler. Özellikle küçük sanıklar bakımından aleniyet ilkesi büyük sakıncalar doğurabilmektedir. Küçük, kalabalık karşısında mahkemede yargılanmaktan iftihar duyabileceği gibi; çoğu kez de bundan fazlasıyla korkabilir. Onun için devletler, küçükler için ya ayrı yargılama kanununu oluştururlar ya da ayrı kanun olmayan durumlarda, küçükler bakımından geçerli özel kurallar kabul ederler.Tosun, age., s.144 vd.

81 Donay, age., s.57

hâllerde aleniyetin kaldırılmaması da adil yargılanma ilkesine zarar verebilecektir. Aşağıda inceleme konumuzu doğrudan ilgilendirmesi açısından duruşmanın aleniyeti incelenecek, çalışma konumuz dışında kalan hükmün aleni verilmesine ise değinilmeyecektir.[82]

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki aleniyete ilişkin iki temel yükümlülükten ilki duruşmanın aleni olarak yapılmasıdır. Söz konusu hükümde sadece aleni yargılama yükümlülüğü getirilmekte; ancak aleniyetin uygulanma şekli ve kapsamı belirtilmemektedir. Duruşmanın aleniyetinden maksat, isteyenin duruşmada hazır bulunabilmesi, yapılanları görebilmesi, söylenenleri işitebilmesi ve gösterilenleri görebilmesidir. Duruşmaların aleniyetine ilişkin ilke, CMK'da da açıkça ifade edilmiştir. Nitekim duruşmanın açıklığı başlıklı 182. maddenin 1. fıkrasına göre; duruşma herkese açıktır.

Aleniyet ilkesinin doğal sonuçlarından bir tanesi duruşmaların sözlü olarak yapılmasıdır. Bu bağlamda duruşmanın temel ilkelerinden olan sözlülüğün, diğer bir temel ilke olan aleniyetin ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.[83] Nitekim yazılı yürütülen bir duruşmada nelerin gerçekleştiğinden gerek toplumun gerekse uyuşmazlığın taraflarının tam olarak haberdar olabilmesi mümkün olmayacak; bunun doğal sonucu ise aleniyet ilkesinin ihlali olacaktır.

Ayrıca duruşmanın yapılacağı mekânın da genel olarak herkesçe ulaşılabilecek bir yer olması gerekir. Makul büyüklükteki bir duruşma salonu kural olarak herkesin girebileceği bir yer olarak kabul edilir. Ancak duruşmanın mahkeme dışında yapılması da mümkündür.[84] Örneğin Ripean-Avusturya Kararı'nda AİHM, dinleyicilerin kontrolden geçmeleri gerekse bile duruşmanın hapishanede de yapılabileceğini kabul etmiş; ancak devletin, toplum ve medyanın bu konuda yeterince bilgilendirilmesi bakımından gerekli duyuruları yapmasının zorunlu olduğunu vurgulamıştır.[85] Aleniyet ilkesinin gerektiği şekilde gerçekleşebilmesi için, kural olarak duruşma hem kamuya hem de basına açık olmalıdır. Ancak duruşmaların basına açık olmasından kasıt, basının duruşma salonunda bulunabilmesidir. Yoksa bu ibareden basının duruşmaları kaydetmekte veya yayımlanmakta serbest olduğu anlamı çıkartılmamalıdır.

Aleniyet ilkesi yargılamanın güvenilirliğinin sağlanabilmesi bakımından çok önemli olmakla birlikte mutlak bir ilke değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere 6. maddenin 1. fıkrasında bu aleniyet ilkesi vurgulandıktan sonra bu ilkenin istisnaları da belirtilmiştir. Buna göre aleniyet şu nedenlerle kısıtlanabilmektedir: *Millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak, küçüklerin menfaatleri, davanın taraflarının*

82 Çalışma konumuzu doğrudan ilgilendirmese de bu dipnotta önemine binaen hükmün aleni verilmesine ilişkin AİHM içtihatlarına kısaca değinmek istiyoruz. AİHS m. 6'da aleniyet ilkesine ilişkin olarak garanti altına alınmış olan iki haktan birisi de hükmün aleni olarak verilmesine ilişkin haktır. 6. maddede duruşmanın aleni yapılması gereği ile birlikte hükmün de aleni olarak verilmesi ayrıca ve açık bir şekilde belirtilmiştir. Duruşmanın aleniliği hukuka uygun olarak kaldırılmış olsa bile, hükmün açıklanması aleni olmalıdır. Ladewig, agm., s.90; Sözleşme organlarına göre, hükmün aleni olarak verilmesi, onun her zaman için muhakkak surette açık duruşmada verilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Gölcüklü agm., s.217 vd. Bazı davalarda AİHM, ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla kararın mahkeme kalemine bırakılmasını veya kamusal denetimi sağlamak üzere yayımlanmasını aleniyet bakımından yeterli bulmuştur. Ladewig, agm., s.90. Konuya ilişkin diğer kararlara bakıldığında, Sözleşme organlarının aleniyet ilkesinin amacı, mahkemelerin hukuki soruna ilişkin yaklaşımlarının halk tarafından bilinebilmesi ve böylelikle kamu denetiminin sağlanabilmesidir. Bu nedenle kararların, ne ilk derece mahkemesinde ne de kanun yolu aşamasında, biçimsel olarak alenen açıklanması zorunluluğu bulunmaktadır. Önemli olan, yargılamanın bütünü esas alınarak bakıldığında kararın alenileşip alenileşmediği ve böylelikle kamusal denetimin sağlanıp sağlanmadığıdır. Ayrıca duruşmanın aleniliğinden farklı olarak millî güvenlik ve kamu düzeni gibi nedenlerle hükmün aleniliğinin kaldırılması, meşru kabul edilmemektedir. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesindeki duruşmanın millî güvenlik ve kamu düzeni gibi nedenlerle aleniliğinin kaldırılması haklı olsa dahi, hükmün hiçbir kamu denetimi imkânı oluşturulmaksızın gizli tutulması adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır. İnceoğlu, age., s.35 vd.

83 Aynı yönde bk. İnceoğlu, age., s.248

84 Ladewig, agm., s.87

85 Riepan-Avusturya; Başvuru No. 35115/97 Karar tarihi:14.11.2000

özel yaşamlarının korunması, adaletin selametinin gerektirmesi. Bu nedenlerden bir veya birkaçına dayanarak mahkemelerin duruşmalardaki aleniyeti kaldırması, adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmayacaktır.

AİHM, Campell ve Fell-Birleşik Krallık Davası'nda kamu düzeni ve güvenlik nedeniyle duruşmanın aleniyetinin kaldırılmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır.[86]

Bir başka davada ise Komisyon, küçüğe karşı işlenmiş bir cinsel suçtan sanık kimsenin yargılanmasında, halkın duruşma salonu dışında bırakılmasını tam olarak belirgin olmayan nedenlerle haklı bulmuş ve adil yargılamanın ihlal edilmediğine hükmetmiştir.[87]

Yukarıda sayılan istisnalar bakımından küçüklere ilişkin yargılamaların, onların menfaatine olarak kapalı yapılabilmesi AİHM içtihatlarından sonra özel bir önem ifade etmektedir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, küçüklerin yargılamaları onların menfaati bakımından gizli yapılabilecektir. Ancak bu tür yargılamaların mutlaka gizli yapılması zorunluluğu madde metninde yer almamaktadır.

Buna karşın AİHM, V.-Birleşik Krallık ve T.-Birleşik Krallık Kararlarında, küçüklerin yargılanmalarının aleni şekilde yapılmasını adil yargılama ilkesine aykırı bulmuştur.[88]

Bu itibarla küçüklerin yargılanmasının kapalı duruşmada yapılmasını, aleniyet ilkesinin istisnası ve aynı zamanda da hakkaniyete uygun yargılamanın da bir gereği olarak kabul etmek gereklidir.

7.2.4. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı ve Duruşma

Sözleşme organları, davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi (fair hearing) kavramını genel bir ilke olarak ele almış ve bu genel ilkeye dayanarak, Sözleşme'de açıkça belirtilmeyen bazı hakları da adil yargılanmanın bir gereği olarak ortaya koymuşlardır.[89]

Bunun dışında sözleşme organları, 6. maddede açıkça belirtilen hakların ihlal edildiği her durumda da genel ilkenin ihlal edilmiş olacağı kanaatini taşımaktadırlar.[90]

Genel ilke haricinde, diğer birtakım hakların 6. maddede açıkça düzenlenmiş olması, adil yargılanma hakkının içeriğinin belirli ölçüde ortaya konulması ve muhakeme alanında en çok önem arz eden hakların açıkça teminat altına alınması bakımından büyük yarar sağlamıştır. Ancak mevcut duruma bakıldığında ve Sözleşme organlarının uygulamaları göz önüne alındığında, genel ilke haricindeki diğer haklar açıkça belirtilmeseydi dahi, Sözleşme organları genel ilkeden hareketle, bu hakların her

86 Campell ve Fell-Birleşik Krallık, agk.

87 İnceoğlu, age., s.342

88 T.-Birleşik Krallık; Başvuru No. 24724/94 Karar tarihi: 16.12.1999 - V.-Birleşik Krallık; Başvuru No. 24888/24 Karar tarihi: 16.12.1999. Bu uyuşmazlıklara konu olan yargılamalarda, 11 ve 10 yaşlarındaki T ve V, iki yaşındaki bir çocuğu kaçırıp öldüresiye dövmekten aleni duruşmada yargılanmışlardır. Küçükler mahkemeye giderlerken, kendilerine karşı kin dolu bir kalabalığın tepkisiyle karşılaşmışlar ve bu şekilde öfkeli kimselerden oluşan bir kabalığın önünde yargılanmışlardır.

89 Gölcüklü, agm., s.218; Gerek İngilizce gerekse Fransızca metinde hakkaniyete uygun yargılamanın karşılığı olarak kullanılan terimler oldukça dar kapsamlıdır. Ancak Sözleşme organları bu dar terimleri çok önceden terk etmiş ve içtihatlar yoluyla adil yargılanmaya ilişkin temel ilkeyi geliştirmiştir. Esser, age., s.402

90 Schroeder, Fair Trial, s. 10 ve 14

birini ortaya koyacak ve bunlara aykırı uygulamaları da adil yargılanma hakkının ihlali sayacaktı. Bu itibarla 6. maddede yer alacak "herkes, medeni hak ve yükümlülüklerine ve cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sahiptir" şeklindeki bir ibare bile, Sözleşme organlarının bugüne kadarki kararlarını vermeleri bakımından yeterli olabilirdi. Bazı yazarlarca, Sözleşme organlarının, 6. maddenin uygulanması bakımından, sadece maddede belirtilen haklarla sınırlı kalmayıp, genel prensipten hareketle maddede açıkça ifade edilmeyen diğer bazı sanık haklarını da ortaya koyması, AİHM içtihatlarının Avrupa'da insan haklarının korunmasına dair son yıllardaki en önemli katkısı olarak kabul edilmektedir.[91]

Mahkemenin, fair trial kavramının doğasında olan ve onun ayrılmaz parçası olarak kabul ettiği bazı haklar şunlardır *(rights inherent in the notion of fair trial)*: Hükmün gerekçesi hakkında bilgilendirilme hakkı, mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurabilmek için gerekli zamana ve imkâna sahip olma hakkı, karşı tarafın görüş ve beyanlarından haberdar edilme hakkı ve mahkemenin genel ilkeden hareketle ortaya koyduğu en önemli ilkeler olan silahların eşitliği ve çelişmeli muhakemeye ilişkin temel haklar[92]

7.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin 2 ve 3. Fıkralarında Düzenlenen Haklar Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma

7.3.1. Suçsuzluk Karinesi ve Duruşma

Bu hak, Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında açıkça teminat altına alınmıştır. Buna göre, bir suçla itham edilen kimse, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar suçlu sayılamayacaktır.[93] Bir başka deyişle, hakkında mahkûmiyet hükmü verilinceye kadar, sanık hakkında işlem yapılıp karar verilirken, onun baştan suçluymuş gibi kabul edildiği izlenimi veren gerekçelere dayanılamayacak, muhakeme boyunca ona bir suçludan farklı muamele edilecektir.[94]

Gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan yola çıkılarak, başka bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir kurala dayanılarak yapılan işleme, "karine"

91 Bk. Esser, age., s.400

92 Esser, age., s.401

93 Sulhi Dönmezer, "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul 1998, s.67

94 Modern ceza muhakemesinin en önemli sorunlarından bir tanesi, etkin ve adil bir muhakeme gerçekleştirilirken, bazen hükmün kesinleşmesi sürecinin çok uzamasıdır. Bu itibarla içinde bulunduğumuz zaman diliminde, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve böylelikle onların, ellerindeki dosyaları mümkün olan en kısa sürede hükme bağlamalarını mümkün kılmak amacıyla yeni kurumlar kabul edilmiştir. Bu yeni kurumlar aynı zamanda suç işlediği düşünülen kişinin lekelenmesi ihtimalini de bertaraf etmek suretiyle onun açısından da olumlu sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu itibarla ülkemizde de olmak üzere birçok hukuk sisteminde, şüpheli veya sanık hakkında mahkûmiyet veya beraat dışında kararlar vermek suretiyle de muhakemeyi sona erdirme kurumları oluşturulmuştur.
Bu yeni kurumlar, şüpheli veya sanığa para yaptırımı gibi bazı mükellefiyetler yükleyerek muhakemeye son verme yolunu açmıştır. Bu kurumların kabul edilmesinin temel nedenlerinden bir tanesi mahkemelerin iş yükünü azaltmak olduğundan, bu yollara başvurulabilmesi için sanığın suçluluğun tam olarak ispatlanmış olması gerekmez. Bu itibarla nispeten hafif ceza gerektiren suçlar bakımından kabul edilen bu kurumlarda da kişiye belirli cezai yaptırımlar uygulanmakta ancak onun suçluluğunun ispatı şartı aranmamaktadır. Bu nedenle bazı yazarlarca bu kurumların ceza muhakemesinin temel ilkelerine ters düştüğü ileri sürülmektedir. Bu konuda bk. Schroeder, Fair Trial, s.46
Bu itirazlar yersiz değildir ve sağlam temellere dayanmaktadır. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki modern suç politikası bakımından bu kurumlar vazgeçilmezdir. Ayrıca bu yollara başvurulabilmesi için sanığın rızasının mevcudiyeti de şart olduğundan, sanığın rızası dışında böyle yollara başvurulması mümkün değildir. Bu rıza şartı, mahkemelerin iş yükünü azaltmak bakımından büyük faydası olan söz konusu kurumların makul kabul edilebilmesinin de en önemli dayanağını oluşturmaktadır. Eğer sanık, kabul etmeyecek olursa muhakeme normal prosedürde gerçekleştirilecektir.

denilir.[95] Ancak suçsuzluk karinesinde, gerçeğe uygun veya sabit olduğu kabul edilen bir olaydan başka bir olayın varlığı sonucuna ulaşılması söz konusu değildir. Bu karine sadece, muhakeme sırasında kişinin suçsuz olduğu varsayımı ile hareket edilmesini gerektirir.[96] Suçsuzluk karinesinin ana vatanı aslında Kıta Avrupa'sı değil İngiltere, bir başka ifadeyle Anglosakson hukukudur. Özellikle birkaç yüzyıl önce Kıta Avrupa'sında uygulanan engizisyon sisteminde bu haktan söz edebilmek mümkün değildi. Ancak insan hakları alanındaki gelişmelere paralel olarak önce İngiltere'den Fransa'ya geçen bu hak, Fransız Devrimi'yle birlikte buradan tüm Avrupa'ya yayılmıştır.[97]

Adil yargılanma hakkı kapsamındaki birçok hak, aynı zamanda suçsuzluk karinesinin de doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, ispat külfetinin iddia makamında olması, sanığın susma hakkının bulunması, şüpheden sanığın yararlanması, tutuklulukta makul sürenin aşılmaması ve işkenceyle elde edilen delillerin hüküm kurulurken kullanılamaması suçsuzluk karinesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.[98] Bu konulara ilişkin ayrıntılı bilgi aşağıda yeri geldiğince ele alınacaktır.

Duruşma sırasında da sanığın suçsuzluk karinesinden kaynaklanan hakkının ihlal edilmemesi için gerek yargılama organlarına gerekse diğer devlet organlarına birtakım yükümlülükler düşmektedir. Bu başlık altında söz konusu hususlar ele alınarak duruşma sırasında suçsuzluk karinesinin ihlal edilmemesi için devlet organlarının ne şekilde hareket etmesi gerektiği incelenecektir. Ayrıca suçsuzluk karinesinin özel bazı kuruluşlar tarafından da duruşma devresi sırasında ihlal edilmesi mümkün olduğundan buna ilişkin hususlar da ele alınacaktır. Temelde yargılama makamına yönelik bir düzenleme olan suçsuzluk karinesi, hâkimin, sanığın iddia edilen suçu işlediğine ilişkin bir ön yargıyla duruşmaya gitmesini engellemeye yönelik bir düzenlemedir.[99]

Ancak Sözleşme organları verdikleri çeşitli kararlarla bu ilkenin diğer devlet organları bakımından da geçerli olduğunu ve yargılama görevi yapanlar dışındaki devlet organlarının da m. 6/2'yi gözetmek zorunda olduklarını kabul etmişlerdir.[99]

Bu bağlamda, suçsuzluk karinesinin temelde iki önemli yansıması vardır: Bunlardan ilki yargılama makamları bakımından önem taşır ve kişi hakkında karar verilirken yargılama makamının suçluluk konusunda ön yargılı olmamasını gerektirir. Bir başka deyişle gerek soruşturma evresinde görevli olan hâkim gerekse kovuşturma evresindeki mahkeme ara kararlarını ve son kararını verirken sanığı baştan suçlu kabul

95 Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.152

96 Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi, s.138 vd.; İlhan Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mayıs-Haziran 2005, s.43

97 Suçsuzluk karinesi daha önceden İngiltere'de bilinmekle birlikte, açık şekilde ilk defa 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 9. maddesinde tutukluluğa ilişkin olarak düzenlenmiştir. Buna göre: "Her insan suçlu olduğu bildirilinceye kadar suçsuz sayılacağından, onun tutulması gerekli görüldüğü zaman, kendisini elde tutmak için gereken sıkılıktan fazla bir sertlik yasayla ciddi biçimde cezalandırılmalıdır." İlke anayasal anlamda ise ilk kez ABD'de, Rhode Island Anayasası'nda kendisine yer bulmuştur. Üzülmez, agm., s.42

98 Üzülmez, agm., s.56 vd.

99 6. maddenin uygulama bakımından gösterdiği gelişimde, maddede yer alan birçok hak bakımından ortaya çıkan süreç, bu hak bakımından da yaşanmıştır. Şöyle ki 6. maddedeki diğer birçok hakta olduğu gibi, Komisyon, ilk önceleri suçsuzluk karinesine ilişkin bu hakkın da sadece duruşma devresi bakımından, yani esas hakkındaki hükmü veren mahkemenin hâkimi açısından geçerli bir hak olduğunu kabul etmiştir. Ancak gelişen süreçte özellikle doktrinde, bu hakkın da 6. maddede yer alan diğer bazı haklar gibi soruşturma evresini de kapsar şekilde genişletilmesi savunulmuştur. Aslında makul olan, soruşturma evresinde şüphelinin bu hakka çok daha fazla sahip olduğunun kabulüdür. Nitekim bu evrede sanığın suçluluğu hakkındaki şüphe sebepleri oldukça azdır. Muhakeme ilerledikçe, delillerin gittikçe kuvvetlenmesine bağlı olarak suçsuzluk karinesi giderek zayıflar ve suçun ispatıyla birlikte bu karine ortadan kalkar. Schroeder, Fair Trial, s.34

100 Ladewig, agm., s.94

eder şekilde hareket etmemelidir.[101] Mineli-İsviçre Davası'nda, yerel mahkeme, davayı işin esasına girmeden zaman aşımı nedeniyle düşürmüş fakat mahkeme giderlerinin sanık tarafından ödenmesine hükmetmiştir. Yerel mahkeme kararında buna gerekçe olarak ise eğer zaman aşımı dolmamış olsaydı eldeki mevcut verilerle sanığın büyük ihtimalle mahkûm olacağını göstermiştir. AİHM, önüne gelen bu uyuşmazlıkta suçsuzluk karinesine aykırı davranılmak suretiyle Minelli'nin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve davalı ülke İsviçre'yi mahkûm etmiştir.[102]

İkincisi ise genel olarak tüm devlet organlarına yöneliktir ve sanığın, suçlu gibi muamele görmemesini, hakkında suçlu olduğu sonucunu doğuracak açıklamalar yapılamamasını gerektirir.

Bu itibarla kolluk ve savcılıktaki soruşturma işlemleri sırasında şüpheliye suçlu gibi davranılamaz ve ona bu şekilde hitap edilemez. Aynı şekilde devlet gücünü kullanan resmî bir organ da sanığın suçlu olduğuna dair açıklamalar yapamaz.[103]

AİHK, devlet gücünü kullanan resmî makamlar tarafından yapılan açıklamaların da suçsuzluk karinesini ihlal edebileceğine karar vermiştir. Bu tespit, Alman adalet bakanının, bir teröristin tutuklanmasına ilişkin olarak televizyona yaptığı açıklamalar bakımından söz konusu olmuştur. AİHK, bu açıklamaların hukuka uygun olduğuna karar verirken, bakanın teröristin mahkeme önüne çıkartılarak hesap vermesi gerektiğini söylediğini ve bu şekilde yapılan beyanın suçluluk ile ilgili kesin bir karar verildiği anlamını taşımadığını vurgulamıştır. Bu karar ile AİHK, çoğunlukla verdiği kararlar sonucu ortaya çıkan suçsuzluk karinesinin yargılama makamlarına yönelik olduğu yönündeki görüşüne de bir istisna getirmiştir.[104]

Suçsuzluk karinesinin doğal bir sonucu olarak ceza muhakemesinde ispat yükü iddia makamındadır.[105]

Bu bağlamda davayı açan makam olarak Cumhuriyet Başsavcılığı, iddiasını ispatlamakla yükümlüdür ve mahkûmiyet için de savcılık tarafından ileri sürülen delillerin sanığın mahkûmiyetine yetecek ölçüde olması zorunludur.[106] Sözleşme

101 Komisyon, kovuşturmaya geçmek için hâkimin kararının gerektiği sistemlerde, hâkimin kovuşturmanın açılması kararını verirken, sanığın suçlu olduğu kanaatini taşımasının, suçsuzluk karinesine aykırılık olacağını kabul etmiştir. Yine sanığın daha önce verdiği ifadeyi değiştirmemesi hâlinde, cezanın ağırlaştırılacağının söylenmesi suretiyle tehdit edilmesi de suçsuzluk karinesi bağlamında ele alınıp adil yargılanma hakkının ihlali sayılmıştır. Bazı yazarlarca bu tür hâllerin suçsuzluk karinesi değil, hâkimin tarafsızlığı içerisinde değerlendirilmesinin gerektiği ileri sürülmektedir. Schroeder, Fair Trial, s.31 vd.

102 Üzülmez, agm., s.50

103 Sanık veya şüpheliye, yargılama süresince suçlu gibi muamelede bulunulmaması ve onun suçlu olduğu sonucunu doğuracak açıklamalar yapılmamasına ilişkin olarak yargılama organları bakımından istisnasız söz konusu olan yükümlülük, yapılacak açıklama veya işlemin organın görevi gereği olduğu hâllerde, diğer devlet organları bakımından söz konusu olmayacaktır. Nitekim özellikle kanunun açıkça yetki verdiği hâllerde, yargılama makamı haricindeki belirli devlet organlarının sanığın suçlu olduğu düşüncesiyle belirli kararlar almaları ve bu doğrultuda işlem yapmaları, ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi bakımından zorunluluktur. Bu itibarla örneğin savcı, şüpheli veya sanığın suçlu olduğu kanaatiyle gerek doğrudan gerekse yargılama makamlarından talepte bulunmak suretiyle belirli soruşturma işlemleri yapabilecektir. İddianamenin hazırlanması ve yetkili mahkemeye sunulması, savcının şüphelinin suçlu olduğu kanaatiyle hareket etmesine en belirgin örnektir. Eğer savcının bu şekilde hareket etmesinin suçsuzluk karinesine aykırı olduğu kabul edilirse, muhakemede kovuşturma evresine hiçbir şekilde geçilememesi sonucu ortaya çıkacaktır. Yine iddianameye gerek olmaksızın kolluk veya diğer devlet kurumlarının hazırladıkları tutanaklarla kamu davasının açıldığı hâllerde de ilgili kurumların şüphelinin suçlu olduğu kanaati taşıdıklarına şüphe yoktur.

104 Schroeder, Fair Trial, s.34

105 Ladewig, agm., s.94

106 Esser, age., s.403

organlarının değişik içtihatlarında da bu hususun açıkça vurgulandığı görülmektedir.[107] Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin maddi soruna ilişkin bir ilke olması nedeniyle, duruşma sırasında maddi gerçek araştırılırken suçluluğu ortaya koyma görevinin savcılıkta olduğu da rahatlıkla söylenebilecektir. Bununla birlikte Kıta Avrupa'sı hukuku açısından ispat yükünün savcıda olması hususunun anlaşılması oldukça güçtür. Nitekim Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi ceza muhakemesinde resen araştırma ilkesi geçerlidir ve Anglosakson hukukunun aksine herhangi bir taraf muhakemesi söz konusu değildir. Dolayısıyla iddia makamı hiçbir çaba göstermese bile, yargılama makamı kendisi resen araştırma yapıp, sanığın mahkûmiyetine karar verebilecektir. Hatta savcının beraat talep ettiği hâllerde bile mahkemenin mahkûmiyete karar verebilmesi mümkündür. Bu nedenle ceza muhakemesi doktrinimizde, genel görüş olarak ceza muhakemesinde ispat yükü diye bir problem olmadığı kabul edilmektedir.[108] Ancak ceza muhakemesinin yapısı itibarıyla, genelde ispatın, dava açmak suretiyle uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getiren iddia makamından beklendiği de bir gerçektir. Nitekim devlet, cezalandırma yetkisini kamu davası yoluyla kullanır. Kamu davasını ise savcı açar ve sanığa bir suç isnat eder. Dolayısıyla savcı bu isnadını ispatlamak zorundadır. Hâkimin resen araştırma yetkisinin bulunması veya savcının sanık lehine de delil toplamakla yükümlü bulunması, ceza davasında ispat yükünün bulunmadığı anlamına gelmez. Savcının sanık lehine delil toplamasının nedeni, onun bir kamu görevlisi olması ve kamu yararının da ancak suçluların hak ettikleri ceza ile cezalandırılmaları hâlinde sağlanabilecek olmasıdır. Bundan ispat yükünün savcının üzerinde olmadığı anlamı çıkarılmamalıdır. Konu, resen araştırma ilkesi bakımından ele alındığında da mahkûmiyet için muhakeme sonucunda ikna olması gereken kimse hâkimdir. Hâkimin ikna olmadığı hâllerde, ispat yükü üzerinde bulunan taraf davayı kaybedecektir. Dolayısıyla hâkimin suçluluğa ikna olmadığı her hâlde savcı davayı kaybedecektir. Bu da sadece taraf muhakemesine dayanan itham sisteminin geçerli olduğu ceza muhakemesinde değil; karma sistemin geçerli olduğu bir ceza muhakemesinde de en azından ikna boyutuyla ispat yükünün var olduğunu ortaya koymaktadır.[109]

Suçsuzluk karinesinin en önemli gereklerinden birisi de şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesidir.

Nitekim üzerinde yoğunlaşan suç şüphesi nedeniyle suçluluğundan şüphe edilen ancak buna rağmen muhakemenin başından beri suçsuz sayılan sanık, bu şüphe bertaraf edilmedikçe de suçsuz kalmaya devam edecektir. Sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasının doğal bir sonucu olan suçsuzluk karinesi, iç hukukumuz bakımından CMK'nın 223. maddesinin 1. fıkrasının e) bendinde *"yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması"* hâlinde de beraat kararı verileceğinin ifade edilmesiyle açıkça düzenleme altına alınmıştır.

Şüpheden sanığın yararlandırılması ilkesinin felsefi temellerini, Romalıların "Bir masum mahkûm edileceğine birkaç suçlu cezasız kalsın."[110] özdeyişine kadar

107 Bununla birlikte ceza kanunlarının, bazı fiilî durumların varlığını suçun maddi unsurunun gerçekleşmiş olması bakımından karine olarak kabul etmesi de mümkündür. Bu tür durumlarda genelde ortaya çıkan fiilî durumun suçluluğa ilişkin kanaati oluşturmaya yeterli kabul edildiği görülmektedir. Bu konuda bk. Dönmezer, Suçsuzluk Karinesi, s.70 vd.; Üzülmez, agm., s.57.
Sözleşme organlarının da belirli sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla kanun koyucuların bu tür hükümler ihdas etmesini suçsuzluk karinesine aykırı bulmadıkları görülmektedir. Reid, age., s.164

108 Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, ispat külfeti meselesi, kimin ispat edeceği meselesidir. Böyle bir mesele, medeni muhakemede vardır ve tarafların ikame ettikleri delillerle eli kolu bağlı bir hâkimin mevcudiyeti hâlinde söz konusu olabilir. Bu itibarla, hâkim delil araştırabildiği için, ceza muhakemesinde ispat külfeti diye bir sorun yoktur. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu age., s.605

109 Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.160 vd.

110 Tosun, bu özdeyişin, Roma İmparatoru Traianus'a ait olduğunu ifade etmektedir. Tosun, age., s.80

götürmek mümkündür. Söz konusu özdeyiş zamanın eğilimlerine göre, bir masuma on, yüz veya bin suçluya kadar değiştirilmiştir.[111] Örneğin Voltaire, bir veya iki suçlunun cezasız kalmasının bir masumun cezalandırılmasından daha iyi olduğunu ileri sürerken; Franklin, yüz suçlunun cezasız kalmasının, Maimonides ise bin suçlunun cezasız kalmasının daha iyi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu noktada şu hususu gözden kaçırmamak gerekir; duruşmanın sonunda yenilmesi gereken şüphe, her türlü şüphe değildir; akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan şüphenin yenilmesi gereklidir. Her türlü şüphenin yenilmesini beklemek, mutlak gerçeğe ulaşılmasını umut etmek olur ki bu da neredeyse imkânsızdır. Söz konusu özdeyişi sanık lehine uç noktalara götürmek, gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi zorunluluğunu, her türlü şüphenin yenilmesi seviyesine taşıyacaktır ki bu da ceza muhakemesinin etkinliğini kabul edilemez oranda zayıflatacaktır.[112] Bu nedenle özdeyişin "bir masumun cezalandırılmasından yüz suçlu ya da bin suçlunun serbest kalması daha iyidir" şeklinde ifade edilmesini doğru bulmamaktayız.

Yukarıda da ele aldığımız üzere suçsuzluk karinesinin kabulüne bağlı olarak ceza muhakemesinde ispat yükü iddia makamındadır. Bunun mantıki sonucu ise sanığa susma hakkının tanınması ve bundan onun aleyhine sonuçlar çıkarılmamasıdır.

Bu bağlamda, suçsuzluk karinesi susma hakkının kaynağını oluşturmakta ve susmanın sanığın suçluluğunun göstergesi sayılmasına engel olmaktadır.[113] Dolayısıyla tüm muhakeme boyunca olduğu şekilde, duruşma sırasında da sanığa beyanda bulunması yönünde zorlama yapılamayacak; duruşma sonrasında hüküm verilirken de onun suskunluğu aleyhine delil olarak kullanılamayacaktır.[114]

7.3.2. İsnadı Öğrenme Hakkı ve Duruşma

a. Genel olarak

İsnadı öğrenme hakkı, AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının a) bendinde açıkça güvence altına alınmıştır. Bu hak, aynı fıkranın b) bendinde koruma altına alınmış olan, savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmaya ilişkin hakla yakından ilişkilidir. Çünkü sanığın suçlamalara ilişkin gerektiği şekilde ve etkin bir savunma hazırlayabilmesinin en önemli ön şartı, isnadın ne olduğu konusunda bilgi sahibi olmasıdır. Neyle suçlandığını bilmeyen kimsenin buna ilişkin bir savunma hazırlaması da beklenemez.[115]

İsnadın tür ve nedeni hakkında mümkün olduğunca erken haberdar olma hakkı, şüpheli veya sanığın şaşkınlık ve gafil avlanmaktan korunmasına hizmet etmektedir.[116]

CMK'nın 176. maddesinde bu hak sanık bakımından garanti altına alınmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, *iddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.*

111 Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.197

112 Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.197 vd.

113 Üzülmez, agm., s.59

114 Ceza muhakemesinde sanık, hâkimi ikna etmek zorunda değildir; hâkimin zihninde şüphe oluşturması yeterlidir. Bu bağlamda sanık suçsuzluk karinesinden yararlandığı için, hiç savunma yapmasa da bu durum onun aleyhine yorumlanamaz ve mahkûmiyetine gerekçe olamaz. Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.160

115 Ladewig, agm., s.95

116 Kai Ambos, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.28

Dolayısıyla mahkeme, iddianameyi kabul edip duruşma gününü belirledikten sonra (CMK. m. 175/2) sanığa iddianamenin bir suretini tebliğ etmelidir.[117] Ayrıca CMK'nın 174. maddesinde iddianamenin iadesi kurumu da kabul edilerek, soruşturmanın eksiksiz yapılması ve isnadın, yargılama sırasında değil, soruşturmanın sonunda somutlaşmasının sağlanması amaçlanmıştır. Böylelikle sanığın, kendini hangi isnada karşı savunmak durumunda olduğunu, iddianame kendisine ulaştığı anda öğrenmesi hedeflenmiştir.[118]

İsnadı öğrenme hakkı kapsamında suçlanan kimse, isnadın türü ve sebebi hakkında anladığı bir dilde, geciktirilmeksizin, tam ve kapsamlı bir şekilde bilgilendirilmelidir.[119] Ancak bilgilendirmenin en ince ayrıntıları da kapsar şekilde olması gerekli değildir. Önemli olan husus kişinin neyle suçlandığını ve savunmasını hazırlamak bakımından önem arz edecek hususları öğrenebilmesidir. AİHK da kişiye en ince detayların söylenmesinin, adil yargılanma hakkı bakımından gerekli olmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte isnada ilişkin olarak sanığa verilecek bilginin, AİHS'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında güvence altına alınan, yakalanana yakalama sırasında yapılacak suçlamaya ilişkin açıklamalardan daha ayrıntılı olması gereklidir. Bu bağlamda sanığa sadece isnat edilen fiil değil, fiilin hukuki nitelendirmesinin de bildirilmesi gerekir. Nitekim maddede yer alan "isnadın türü ve sebebi" kelimelerinden hareketle bu sonuca varılabilecektir.[120]

İddianamenin unsurlarının düzenlendiği CMK'nın 170. maddesinde bu hususların dikkate alındığı görülmektedir. Buna göre, iddianamede sanığa yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri (CMK. m. 170/3/h) ve suçun delilleri (CMK. m. 170/3/i) muhakkak gösterilmelidir. Aksi takdirde bu unsurların eksikliği dolayısıyla iddianamenin reddi gerekecektir (CMK. m. 174).[121]

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının a) bendinde yer alan *"en kısa zamanda" bilgilendirilme* şartının niteliği tartışmalıdır. İsnat konusunda bilgilendirmenin duruşmadan önce olmasının zorunluluğu aşikârdır. Ancak şüpheli durumunda bulunan kimsenin de aslında muhakemenin soruşturma aşamasından itibaren kendisine yüklenen suç hakkında bilgi edinme hakkı vardır.[122] Ancak ceza muhakemesinde duruşma devresini, adil yargılanma hakkı bakımından ele alıyor olmamız nedeniyle, bizim burada inceleyeceğimiz husus, artık soruşturma evresi bitip, duruşma devresine geçmeden önce kişinin, soruşturma evresinde toplanan delillere bağlı olarak, hangi suçu işlemekten yargılanacağına ilişkin olarak bilgi sahibi edilmesidir. Bu bildirimin kural olarak yazılı yapılması gereklidir.[123] Ceza muhakemesinde, bu şartın yerine getirilmesinin en kolay ve mantıklı yolu ise iddianamenin sanığa tebliğ

117 Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olunacak çağrı kâğıdına, mazereti olmaksızın gelmediği takdirde zorla getirileceği yazılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa bunun neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir. Müdafi de sanıkla birlikte davet olunur (CMK. m. 176).

118 Metin Feyzioğlu, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, Ocak/Şubat 2006, s.38 vd.

119 Ladewig, agm., s.95

120 Schroeder, Fair Trial, s.54;

121 Her ne kadar isnat edilen fiilin hukuki nitelemesinin iddianamede bulunması bir zorunluluksa da bunun yanlış yapılmış olması iddianamenin iadesi için bir neden oluşturmaz. Nitekim CMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrasında bu husus "Suçun hukuki nitelendirmesi nedeniyle iddianame iade edilmez." denilerek açıkça düzenlenmiştir.

122 Bu hakkın, soruşturmanın en başından itibaren mi yoksa soruşturma belli bir aşamaya geldikten sonra mı doğacağı hususu tam bir netlik arz etmemekle birlikte, şüphelinin, en azından ifadesine başvurulduğu veya bir koruma tedbiriyle karşı karşıya kaldığı andan itibaren isnat hakkında bilgilendirilmesi gereklidir. Schroeder, Fair Trial, s.54.
Bu bağlamda, isnadın tür ve nedeni hakkında haberdar edilme hakkı, sadece davanın açılmasıyla değil bilakis bir kimseye kendisinin maddi olarak şüpheli olduğu bildirilir bildirilmez doğmaktadır. Ancak soruşturma evresinde bu hak mutlak biçimde uygulanmamaktadır. Eğer şüpheli kimsenin muhakemenin selametine zarar vereceğine ilişkin makul şüphe nedenleri varsa bu durumda bildirim daha sonraki bir zamana bırakılabilir. Ambos, agm., s.28

123 Ambos, agm., s.29

edilmesidir. Bu bağlamda duruşma devresine geçilmeden önce sanığa iddianamenin bir suretinin gönderilmesi ve duruşmaya başlanmadan önce de isnatlara ilişkin bir savunma yapabilmesinin mümkün kılınması gereklidir. Bunun aksine bir uygulamanın, duruşmada savunma tarafının etkinliğini kaybetmesi ve silahların eşitliğinde dengesizliğe yol açmak suretiyle çelişmeli muhakemenin gerçekleştirilememesi sonucunu doğuracağı açıktır.

AİHM'nin içtihatları ile de ortaya koyduğu üzere, şüpheli kimse daha önceden suçlamanın tür ve nedeni hakkında bilgilendirilmiş olsa dahi, iddianamenin ona ayrıca bildirilmesi gereklidir.

Bu durum sadece iddianamenin daha önceki bildirimlerden farklı fiilî ve hukuki unsurlar içermesi hâlinde geçerli değildir; ancak bu tür bir değişikliğin söz konusu olduğu hâllerde bildirim yapılması daha büyük önem arz eder.[124]

Duruşma konusundaki bildirimin, sanığın anladığı dilde yapılması zorunludur. 6. maddenin 3. fıkrasının e) bendiyle paralellik arz eden bu düzenleme, muhakeme dilini anlamayan kişiyi korumak amacıyla getirilmiştir. Anlamadığı dilde sanığa yapılacak herhangi bir bildirim, özellikle sanığın tam ehil bir çevirmen tutmaya maddi imkânının olmadığı hâllerde, isnattan haberdar edilme hakkıyla ulaşılmaya çalışılan amaçlardan hiçbirisini gerçekleştirmeyecektir. Bu bağlamda, isnada ilişkin bildirimin sanığa anlamadığı bir dilde yapılması ile hiç yapılmaması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu hususun, bahsi geçen durumda bulunan sanık bakımından arz ettiği önem nedeniyle, 3. fıkranın a) bendinde açıkça belirtilmesi gereği duyulmuştur. Engelli sanık bakımından da muhakkak anlayabileceği şekilde ona isnadın anlatılmasının garanti altına alınması gerekir kanaatindeyiz. Nitekim muhakemenin üzerinden yürütüldüğü kişi olarak, engelli sanık da isnattan haberdar olma hakkına sahiptir. Aksi takdirde savunma hakkı önemli ölçüde kısıtlanmış olacaktır.

CMK'nın 202. maddesinde, duruşma sırasında meramını anlatacak derecede Türkçe bilmeyen sanığa bir tercüman atanması düzenlenmiş; duruşma sırasında iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların tercüme edilmesi gerekliliği hükme bağlanmıştır (CMK. m. 202/1).[125] Aynı şekilde engelli sanık bakımından, iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların, onun anlayabileceği şekilde anlatılması öngörülmüştür (CMK. m. 202/2). Aynı maddenin 3. fıkrasında ise soruşturma evresinde dinlenen şüpheli hakkında da bu hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak özellikle soruşturma sırasında hiç dinlenmemiş şüpheliye, iddianamenin çevrilerek tebliğ edileceği yahut da iddianamenin çevrilmesi için kendisine bir tercüman atanacağına ilişkin bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Bu bağlamda yabancı veya engelli sanığa iddianame Türkçe olarak tebliğ edilecek, bunun çevrilmesi için de herhangi bir tercüman görevlendirilmeyecektir. Bu durumun yabancı veya engelli sanık açısından savunma hakkını önemli ölçüde kısıtlayacağı aşikârdır. Özellikle yabancı veya engelli şüphelinin soruşturma boyunca hiç dinlenmediği hâllerde, duruşmaya kadar tercüman yardımından faydalanamayacağı ve bu bağlamda isnadı da çoğu kez ancak duruşmada öğrenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır ki bu da adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurur.

124 Ambos, agm., s.29; Kamasinski-Avusturya; Başvuru No. 9783/82 Karar tarihi: 19.12.1989 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.

125 Maddenin ilk fıkrasında "meramını anlatabilecek ölçüde" ibaresi kullanılarak, hüküm sadece Türkçe bilmeyenler için değil, yeterli derecede Türkçe bilmeyen herkes için geçerli hâle getirilerek AİHM içtihatları ile uyum sağlanmıştır. Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.582

b. İsnat edilen fiilin sonradan maddi veya hukuki nitelik değiştirmesi

Kovuşturmaya geçilmeden önce isnat edilen ve sanığa tebliğ edilen iddianamede yer alan fiillerin veya bu fiillere ilişkin hukuki nitelemelerin, sonradan duruşma devresinde değişiklik göstermesi mümkündür.[126] Nitekim mahkeme, fiilin hukuki nitelemesi konusunda savcıdan farklı bir düşünceye sahip olabilecek veya duruşmada ortaya konulan delillere bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin, cezaya etki eder şekilde iddianamede belirtilenden farklı şekilde gerçekleştiği sonucuna varılabilecektir. İşte tüm bu hâller de sanığın isnattan haberdar edilme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

Nitekim bu tür durumlarda savunma tarafının, haberdar olduğu isnada bağlı olarak yapacağı savunma çoğu kez anlamsız kalacaktır. Bu itibarla cezaya etki eden bu tür değişikliklerin savunmaya bildirilmesi ve savunma tarafının bu yeni durum uyarınca yeni bir savunma hazırlamasının mümkün kılınması adil yargılamanın önemli bir gereğidir.[127]

AİHK'nın içtihatlarına bakıldığı zaman, bu konuda Komisyonun geniş bir bakış açısıyla konuyu ele aldığı görülmektedir. Şöyle ki Komisyon, isnat edilen fiilde sonradan değişiklik meydana gelmesi hâlinde, aynı türden olup, önem arz etmeyen diğer suçlara ilişkin olarak, sanığa haber verilmeksizin mahkûmiyet kararı verilmesinin adil yargılamaya zarar vermeyeceği kanaatindedir.[128] Ancak özellikle ceza bakımından önem arz eden her türlü isnat değişikliğinin sanığa bildirilmesi zorunluluktur.

CMK'nın 226. maddesinde, duruşma sırasında suçun niteliğinin değişmesi hâlinde ne şekilde hareket edileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre; suçun iddianamede belirtilen hukuki niteliği değişirse bu değişiklikten sanık haberdar edilir ve yeni duruma göre savunmasını yapabilmesine imkân tanınır (CMK. m. 226/1).[129] Aksi takdirde ancak iddianamedeki nitelendirmeye göre karar verilebilir.[130] Ek müdafaa veya ek savunma denilen bu tür durumlarda çoğu zaman sanığın yeni duruma göre müdafaasını hazırlayabilmesi için zamana ihtiyacı olur. Bu nedenle talep üzerine, ek savunma hazırlaması için sanığa süre ve duruşmaya da ara verilir.[131]

Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre, fiilin hukuki nitelendirmesinin, birbirine dönüşme imkânı bulunan suçların birinden diğerine dönüşmesi hâlinde ek savunma hakkının verilmesi gereklidir.[132]

Aynı şekilde fiilin hukuki nitelendirmesinin, suçun basit şeklinden nitelikli hâllerinden birine dönüşmesi hâlinde de sanığa ek savunma hakkı verilmeksizin

126 Centel-Zafer, age., s.541

127 Ladewig, agm., s.95

128 Schroeder, Fair Trial, s.56

129 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.1226

130 Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.296

131 Centel-Zafer, age., s.540

132 Sanığın, iddianamede açıklanan ve C. Savcısınca zorla ırza geçmeye kalkışmak şeklinde nitelendirilen tek eylemine ilişkin olarak gerekli soruşturmaları yaptıktan ve değişen suç vasfı nedeniyle ek savunmasını da aldıktan sonra, dosya içeriğine ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde zorla kız kaçırmaya eksik teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar verilen yerel mahkeme kararında, yasaya aykırı bir yön bulunmadığından C. Başsavcılığının itirazının reddine karar verilmelidir (CGK. 01.06.1987-197/335).
Sanık hakkında ırza tasaddiden dava açılmış, ağırlaşan vasfından dolayı ek savunma hakkı verilmeden ırza geçmeye eksik teşebbüsten mahkûmiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir (5. CD. 02.11.1989- 3519/5108). Erhan Günay, Ceza Davalarında Ek Savunma ve Savunma Hakkının Kısıtlanması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s.23 vd, 42

hükmün kurulması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.[133]

Kanun, suçun niteliğinde ortaya çıkan değişikliğin sanığın lehine veya aleyhine olması bakımından bir ayrım yapmamıştır. Bu itibarla, suç niteliğinde ortaya çıkan değişiklik sanığın lehine olsa bile, sanığa ek savunma hakkı verilmesi gereklidir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir.[134] Ancak bazı yazarlarca, fiilin hukuki nitelemesinin sanığın lehine olarak değişmesi hâlinde, sanığın ek savunması alınmaksızın da lehe olan nitelemeye uygun hüküm kurulması gerektiği ileri sürülmektedir.[135]

Sanık hakkında açılan davada, isnat edilen fiilin nitelik değiştirmesi hâlinde yukarıdaki gibi ek savunma hakkı verilmek suretiyle dava hükme bağlanabilecektir. Ancak sanığın iddianamede belirtilen fiilden daha başka bir fiil işlediği duruşma sırasında ortaya çıkarsa, bu durumda ek savunma hakkı verilmesi suretiyle hükmün kurulması mümkün değildir.[136]

Nitekim CMK'nın 225. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere *hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir.*

Duruşma sırasında yeni bir fiilin ortaya çıkması hâlinde, bu yeni fiile göre de hüküm kurulması durumunda, iddianamede belirtilen fiille, hükmün verildiği fiiller farklı olacaktır. Bu itibarla davasız yargılama olmaz ilkesinin doğal bir sonucu olarak, söz konusu fiile ilişkin iddianame düzenlenmeksizin, bu fiil hakkında hüküm kurulması hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz üzere, kişi hakkında yapılan her yeni fiile ilişkin isnadın, sanığa yazılı olarak bildirilmesi adil yargılanma hakkının önemli bir gereğidir. Bu itibarla, yeni ortaya çıkan fiil hakkında hüküm kurulabilmesi için, fiil hakkında dava açılması ve davanın açıldığı iddianamenin de sanığa bildirilmesi gereklidir.

Yargıtayın yerleşik içtihatlarına göre de unsurları ve mahiyeti ayrı olan, yek diğerine dönüşmesi mümkün olmayan suçlarda ek savunma hakkı verilmesi suretiyle hüküm kurulması yerine, yeni iddianame düzenlenmesi suretiyle dava açılmasının zorunluluğu kabul edilmiştir.[137]

Bu bağlamda, örneğin sanık hakkında hırsızlıktan dava açılmış; ancak iddianamede herhangi bir şekilde cebir kullanılmasına ilişkin bir ibare yer almamışsa; duruşma sırasında sanık hakkında hırsızlığın maddi konusunu oluşturan malı almak için cebir kullandığının ortaya çıkması hâlinde artık sanığa ek savunma hakkı verilmek suretiyle yağmadan hüküm kurulamayacaktır. Çünkü her ne kadar hırsızlıktan dava açılmış olsa da cebir fiiline ilişkin olarak iddianamede herhangi bir isnat

133 Hakaret suçundan TCK'nın 482/2. maddesinden dava açıldığı hâlde, sanığa savunma hakkı verilmeksizin 482/3. maddeye göre hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir (2. CD. 09.04.1987-3344/3678). Günay, Ek Savunma, s.27

134 Bk. Şahin, CMK Gazi Şerhi, s.713

135 Bk. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.1227; aynı görüşü paylaşan Centel-Zafer, ek savunma hakkı verilmesine ilişkin bu hükmün sanığın lehine konulmuş olduğunu ve bu nedenle onun aleyhine sonuç doğuracak şekilde kullanılmasının yorum kurallarıyla bağdaşmayacağını ileri sürerek görüşlerini gerekçelendirmektedirler. Centel-Zafer, age., s.541 vd.

136 Bu konuda eski kanun ve yeni kanun arasında önemli farklar bulunmaktadır. CMUK'un 259. maddesinde, sanığın iddianamede belirtilen suçtan başka bir suçu işlemiş olduğunun duruşma sırasında ortaya çıkması hâlinde, savcının talebi üzerine ve sanığın da muvafakat etmesiyle, bu sonradan ortaya çıkan suç hakkında da duruşması yapılmakta olan işle birlikte hüküm verilebiliyordu. Buna sözlü iddianame denilmekteydi. CMK ise bu sözlü iddianame usulüne tamamen son vermiştir. Bu bağlamda sonradan ortaya çıkan suç hakkında yeniden soruşturma yapılarak iddianame düzenlenecektir. Bu yenilik, savunma hakkı açısından da son derece yerinde olmuştur. Veli Özer Özbek, CMK İzmir Şerhi-Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.876 vd.

137 Günay, Ek Savunma, s.24

bulunmamaktadır. Bu itibarla, sanık hakkında yağma fiili nedeniyle yeni iddianame düzenlenmek suretiyle dava açılmalı ve bu şekilde hüküm kurulmalıdır.[138]

7.3.3. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı ve Duruşma

a. Genel olarak

AİHS'nin 6. maddesinin 3 fıkrasının b) bendinde açıkça koruma altına alınan bu hak, iki açıdan önem arz etmektedir: Birincisi, bu hak, sanığın savunmasını hazırlayabilmek için gerekli zamana sahip olmasını güvencelemektedir. Nitekim gerekli zaman tanınmaksızın sanığa savunma hakkını tanımak, çoğu kez kişiye hiç savunma hakkı tanımadan onu yargılamayla aynı sonucu doğurmaktadır. İsnattan haberdar olan ancak onu anlayıp üzerine düşünmeden mahkeme önüne çıkarılmış kimsenin, gerektiği şekilde savunmasını yapamamak bakımından, çoğu kez isnattan hiç haberdar olmayan sanıktan bir farkı yoktur. Bu itibarla kişiye gerekli zamanın tanınması bakımından bu hak çok önemlidir.

Bu hakkı önemli kılan ikinci husus ise kişinin gerekli kolaylıklara sahip olmasına ilişkindir. Nitekim şüpheli veya sanığın, savunmasını, bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle veya yalnız hazırlarken birtakım bilgilere ihtiyacı olacağı aşikârdır. Bu nedenle kendisi aleyhine ve lehine toplanan delillerden sanığın haberdar edilmesi bir zorunluluktur. Bu bakımdan sanık, duruşma hazırlığı ve duruşma sırasında dosyanın içinde bulunan veya adı geçen tüm delilleri inceleme, dosya içerisindeki belgelerin birer nüshasını alma hakkına sahiptir. Aksi takdirde kişi, aleyhine ve lehine delillerden haberdar olmadan bir savunma hazırlayacak, bu da savunma hakkının kısıtlanmasına neden olacaktır.

b. Savunmayı hazırlamak için gerekli zamana sahip olma

Kişinin mahkeme önünde sunacağı savunmasını gerektiği şekilde hazırlayabilmesinin öncelikli şartı bunun için gerekli zamana sahip olmasıdır.

Kişinin gerekli zamana sahip olması ile kastedilen, en basit anlamıyla, iddianamenin sanığa tebliği ile duruşma günü arasında çok kısa bir zaman aralığının bulunmamasıdır.

Gerekli zamana sahip olmayan kişinin, kendisi hakkında yapılan isnatları inceleyip anlayabilmesi ve bunlara karşı gerekli savunmayı hazırlayabilmesi hatta kendi ileri süreceği delilleri araştırıp elde edebilmesi mümkün olmaz. Böyle bir

138 Hükmün konusu iddianamede gösterilen fiildir. Ancak mahkeme iddianamede gösterilen fiilin niteliğini takdir ederken iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Buna karşılık fiille bağlıdır. Yani dava konusu fiille hükmün konusunu oluşturan fiil arasında ayniyet bulunması gerekir. Bu itibarla, hangi fiilden dava açılmışsa ancak o fiilden hüküm kurulabilir. Ayrı fiil oluşturan fiillerden birisinden açılan davada suçun hukuki nitelik değiştirdiğinden bahisle ek savunma hakkı verilerek diğerinden de hüküm kurulamaz. İncelenen dosyadaki iddianamede sanığın fiili, hakaret olarak nitelendirilip sadece bu suçtan dava açılmış, ayrı bir suç oluşturan görevli memura etkin direnme eyleminden söz edilmemiştir. Bu durumda görevli memura etkin direnme suçundan açılmış bir dava bulunmadığı açıktır (CGK. 12.12.1994; E. 1994/4-313; K. 1994/333). Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.877.
İddianamede müşteki K.Y.nin, soyunma odasına bıraktığı pantolonunun cebinden parasının çalındığı iddiasıyla TCK'nın 493/2 ve 522/1. maddeleri uyarınca kamu davası açılmış, iddianamede kimliği tespit edilemeyen diğer mağdurların da parasının çalındığından söz edilmemiştir. Hükmün konusunun iddianamede belirtilen fiil olması gerekliliğinden dolayı, iddianamede yer alamayan diğer kimlikleri tespit edilemeyen mağdurların da parasının çalındığından bahisle duruşmada TCK'nın 80. maddesinde düzenlenen müteselsil suçtan ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir (6. CD.01.07.1997-5794/7435). Günay, Ek Savunma, s.25

durumun ortaya çıkması hâlinde ise sanığın adil yargılanma hakkı zedelenecektir.[139]

Tanınması gereken makul süre, belirli, sabit bir süreyi değil; her somut olaya, uyuşmazlık dosyasının hacmine ve delillerin çeşitliliğine bağlı olarak değişen bir süreyi ifade etmektedir.[140]

Bu itibarla, savunmayı hazırlamak için sanığa gerekli zamanın tanınıp tanınmadığı tespit edilirken bu hususların dikkate alınması gereklidir. Onlarca klasör dosyanın delil olduğu ve isnatların genel olarak bu delillere dayandığı cezai uyuşmazlıklarda, sanığa iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında, savunmasını hazırlamak için on günlük bir süre verilmesi yeterli olmazken, çok daha az kapsamlı belge ve diğer delillere dayanan isnatlara ilişkin uyuşmazlıklarda aynı süre yeterli sayılabilecektir. Örnek olarak, Sözleşme organları, Kremzow-Avusturya Kararı'nda 49 sayfalık dosya bakımından savunma hazırlamak için 3 haftalık zaman dilimini yeterli bulmuş; müdafinin kendisinin bizzat fotokopi çekmek zorunda olduğu 17.000 sayfalık doküman bakımından savunmayı hazırlamak için tanınan iki haftalık süreyi Öcalan-Türkiye Kararı'nda yetersiz bulmuştur.[141] Mahkeme, Campell ve Fell-Birleşik Krallık Davası'nda ise müdafinin ayrıca talepte bulunmamasını da göz önünde bulundurarak, savunmayı hazırlamak için tanınan beş günlük sürenin yeterli olduğuna hükmetmiştir.[142]

Ancak genelde ceza muhakemesi kanunlarında, davalar nasıl bir içeriğe sahip olursa olsun, ne kadar hacimsiz ve küçük dosyaları bulunursa bulunsun, dışarıdan dosyanın içeriğine bağlı olarak savunmanın hazırlanması ne kadar kolay görünürse görünsün, tüm cezai uyuşmazlıklar bakımından sanığa savunmasını hazırlaması için tanınması gereken bir minimum süre öngörülmüştür. Ancak bu süre alt sınırı gösteren bir süredir ve her uyuşmazlık bakımından sanığa bu sürenin tanınmış olması yeterli olmayabilir. Bu itibarla duruşma günü tayin edilirken, sanığa iddianamenin ne zaman ulaşacağı ve dosyanın kapsamı dikkate alınarak, kanundaki bu minimum sürenin yeterli olup olmayacağı ayrıca tetkik edilmeli ve süre ona göre belirlenmelidir. Eğer ilk oturumda talep üzerine sürenin yetersiz olduğu anlaşılırsa, bu durumda duruşmaya ara vermek gereklidir.[143]

CMK'nın 176. maddesinin 4. fıkrasında, sanığa çağrı kâğıdı ve iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır.[144] Bu süreye uygun davranılması için, mahkeme, duruşma gününü tayin ederken bu tebliğin sanığın eline geçeceği zamanı da dikkate almalıdır. Dolayısıyla duruşma gününün ve iddianamenin sanığa tebliğ edilmesi sırasında, postada geçecek süreler de dikkate alınmalı ve duruşma günü buna göre tayin

139 Nitekim birçok uyuşmazlıkta sanık, kovuşturma evresine geçildiğini çağrı kâğıdı aldığında öğrenmiş olur. Bu durumda sanık ancak bundan sonra müdafaa için gerekli faaliyetlere başlayacak, lehine deliller arayacak, aleyhte delilleri çürütmeye ilişkin delilleri edinmeye çalışacak, teknik müşavirlere başvuracak, müdafi arayacak ve belki iyi bir müdafi yardımından faydalanmak için gerekli olan parayı tedarik yolları arayacaktır. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.1172

140 Ladewig, agm., s.95

141 Ambos, agm., s.33

142 Campell ve Fell-Birleşik Krallık; Başvuru No. 7819/77 Karar tarihi: 28.06.1984 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.

143 Ladewig, agm., s.95 vd.

144 Sanığa ve diğer ilgililere, duruşma günü tebliğ edilirken saat gösterilmesi Tebligat Kanunu'nun gereğidir (m. 62). Kaldı ki hiçbir yazılı hukuk normu bulunmasa da bu bir ihtiyaçtır ve hukukun temel gayelerinden birisi de kendi alanına ilişkin ihtiyaçlara cevap verebilmektir. Uygulamada çoğu defa aynı saate birkaç duruşma konmakta yahut duruşmalar arasındaki fasılalar etmeyecek kadar kısa tutulmakta, bu yüzden saatlere riayet edilememekte ve ilgililere çok vakit kaybettirilmektedir. Ancak hukuk devletlerinde ceza muhakemesi gerek sanığın gerekse muhakemeye katılan diğer bireylerin haklarına saygı göstermek suretiyle maddi gerçeği araştırmalıdır. Bu nedenle gerçekleştirilen ceza muhakemesi faaliyeti sırasında bu tür sorunların giderilmesi ve kişilerin mağdur edilmemesi hukuk devleti olmanın da önemli bir gereğidir. Bu konuda bk. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.1181, dipnot 19

edilmelidir. 176. maddede belirtilen bu süreye uyulmaması hâlinde, sanık, duruşmaya ara verilmesini isteme hakkına sahiptir. Mahkeme de sanığa bu durumu bildirecek ve duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğunu hatırlatacaktır (CMK. m. 190/2).[145]

Daha önce de belirttiğimiz üzere, CMK'da gösterilen bu bir haftalık süre, minimum süredir. Mahkeme, davanın zorluğunu ve dosya hacmini dikkate alarak, bu sürenin yeterli olup olmayacağını takdir etme ve buna göre söz konusu süreyi daha uzun belirleme yükümlülüğü altındadır.

Mahkemenin bu takdir yetkisini gerektiği şekilde kullanıp kullanmadığı Sözleşme organlarınca her zaman denetlenebilecektir.

c. Savunmayı hazırlamak için gerekli kolaylıklara sahip olma

Savunmasını bizzat veya müdafisi yardımıyla hazırlaması sırasında, savunma bakımından önemli her hususta, muhakemenin gidişatı açısından tehlike arz etmemek kaydıyla, sanığa her türlü kolaylığın sağlanması gerekir. Soruşturma ve kovuşturma organlarının kişinin savunması bakımından gerekli hususlarda, sanığa zorluk çıkartmaları ve onu yıldırmaya çalışmaları adil yargılama ilkesini temelden zedeleyecektir.

İsnat altındaki kişiye gerekli kolaylıkların sağlanmasının başında, onun, dava dosyasının içeriğinde yer alan delilleri inceleme yetkisi gelmektedir.

Nitekim savunmayı hazırlayabilmek için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı, ancak sanığın araştırmaların sonucu hakkında bilgilendirilmesi durumunda garanti edilmiş olabilir. Bu ise büyük ölçüde, dosyayı inceleyebilmekle mümkündür.[146] Silahların eşitliği ilkesinin de önemli bir gereği olan dosyayı inceleme hakkı, özellikle duruşma bakımından sanığa tanınması gerekliliği tartışmasız bir haktır.[147] Bu itibarla, şüpheliye en geç iddianamenin kabulüyle birlikte dosyadaki belgeleri inceleme yetkisi tanınmalıdır.[148]

CMK, dosyayı inceleme yetkisini sadece müdafi bakımından düzenlemiştir (CMK. m. 153). Buna karşın Kalem Yönetmeliği'nin 54 ve 90. maddeleriyle bu hak, şüpheli veya sanığa da tanınmıştır.

Bu bağlamda, AİHM'nin, Öcalan-Türkiye Kararı'nda vardığı sonuç çok önemlidir: Bu davada şüpheli, müdafisi olmasına rağmen, soruşturma dosyasını bizzat görmek

145 Ceza muhakemesi bir işlemler bütünüdür. Bu bütün içerisinde, bir hukuki sonuca ulaşmak ve yargılamayı ilerletmek için yapılmış olan her bir işlem, muhakeme işlemi olarak isimlendirilir. Bu işlemlerin yapılışı sırasında hukuki gereklere riayet edilmezse, işlemlerde birtakım sakatlıklar doğar ve bu sakatlıklara bağlı olarak birtakım yaptırımlar ortaya çıkar. Muhakeme işlemlerindeki sakatlıkların yaptırımlarından bir tanesi de nisbi butlan ya da iptal edilebilirliktir. Yetkili mercinin, işlemdeki sakatlığı resen değil de tarafların ileri sürmesine bağlı olarak inceleyip geçersiz sayabildiği hâllerde bu yaptırım türünden bahsedilir. Centel-Zafer, age., s.469 vd.,480 vd.; işte iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasındaki bir haftalık süreye riayet edilmeksizin duruşma gününün tayini de kanaatimizce, nisbi butlana tabi bir işlemdir. Nitekim bu süreye riayet edilmemesi hâlinde işlemin iptal edilip yeni bir duruşma tarihinin tespiti; ancak bunun sanık tarafından talep edilmesi hâlinde söz konusu olacaktır. Aynı yönde bk. Toroslu-Feyzioğlu, age., s.166

146 Cumhur Şahin, "Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı," Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1-2, s.279

147 Ancak özellikle soruşturma evresi bakımından dosyayı inceleme hakkının ne zamana kadar geriye yürüyeceği Sözleşme organları tarafından şu ana kadar tam olarak tespit edilmemiştir. Ambos, agm., s.30
Buna rağmen Esser ve Ambos gibi yazarlarca bu hakkın soruşturma evresini de kapsar şekilde ele alınması gerekliliği kabul edilmektedir. Özellikle müdafisi olmayan sanığın soruşturma dosyasını inceleyememesi, bu bağlamda haksızlığa neden olabilecektir. Ayrıca özellikle devletçe atanmış müdafinin söz konusu olduğu hâllerde, müdafi ile şüpheli arasında tam bir güven ilişkisi olmazsa, müdafi dosya inceleme yetkisini kullanmaz ve şüpheliyi dosya hakkında bilgilendirmezse, şüpheli bakımından önemli bir dezavantajın doğacağı aşikârdır. Robert Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht, Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2002, s.425; Ambos, agm., s.31

148 Ladewig, agm., s.96

istemiş ancak bu talep kabul edilmemiştir. Özellikle başvuruda bulunanın yönetici kişiliğini dikkate alan Mahkeme, müdafisi olmasına rağmen, onun savunmanın bakış açısını ve dayanak noktalarını bilmeye en ehil kişi olduğuna (best able) ve bu nedenle dosyayı incelemesi gerektiğine karar vermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Öcalan'ın bir avukatı olması ve ona dosyanın açılmasına rağmen Öcalan'a bizzat dosyanın gösterilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar verilmesidir.[149]

Buna karşın Mahkeme, 1977 tarihli, X-Avusturya Davası'na ilişkin eski bir kararında "savunmanın bütünlüğü" noktasından hareketle sanık veya müdafiden birisinin dosyayı inceleme hakkına sahip olmasını adil yargılanma bakımından yeterli görmüştür.[150] Ancak Mahkemenin son dönemdeki içtihatlarına bakıldığında, hem müdafi hem de sanık bakımından bu hakkın ayrı ayrı gerçekleşmesi gerektiği yönünde karar verdiği görülmektedir.

Sanığın dosyayı incelemesinin, onun dosyaya ve dolayısıyla davaya zarar verebileceği vs. gibi nedenlerle engellenebileceği ileri sürülmektedir. Ancak teknolojinin ve fotokopi imkânlarının bu derece geliştiği bir çağda bu gerekçenin yeterli olmadığı ortadadır.[151] Her ne kadar çok geniş kapsamlı dosyaların bu şekilde çoğaltılması önemli bir masraf ve iş gücü gerektirse de hukuk devletinde, bu tür zorluklara rağmen söz konusu imkânların bireylere tanınması gerekir kanaatindeyiz.

Nitekim *devlet olmak zor ve pahalı bir iş; hukuk devleti olmak ise çok daha zor ve daha pahalı bir iştir.*

Savunmayı hazırlamak için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkının içine, müdafiden faydalanma hakkıyla yakından ilişkili bir hak olan müdafi ile görüşme hakkı da girer. Nitekim özellikle, tutuklu bulunan sanık, savunmasını hazırlamak için bir müdafinin yardımına ihtiyaç duyarsa onunla kimsenin duyamayacağı bir ortamda rahatlıkla görüşme hakkına sahip olmalı ve müdafisi ile birlikte savunmasını hazırlayabilmelidir. Bu tür bir talepte bulunan kişiye gerekli kolaylığın sağlanması da adil bir yargılamanın yapılabilmesi için sanığa tanınması gereken kolaylıklardandır.[152]

7.3.4. Kendi Kendini Savunma veya Bir Müdafinin Yardımından Faydalanma Hakkı ve Duruşma

a. Genel olarak

AİHS m. 6'nın 3. fıkrasının c) bendine göre; suç isnadı altında bulunan kimse, *kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek* hakkına sahiptir. Savunma hakkının önemine binaen, isnat altındaki kişinin kendini savunma şekillerine ilişkin haklar, bu bentte açıkça teminat altına alınmıştır. Kendi kendini veya bir müdafinin yardımından faydalanmak

149 Öcalan-Türkiye; Başvuru No. 46221/99 Karar tarihi: 12.03.2003 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.

150 Şahin, agm., s.281

151 Schroeder, Fair Trial, s.62

152 Schroeder, Fair Trial, s.68; Bu bağlamda, aşağıda da daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, sanığın duruşma sırasında bir müdafinin yardımından faydalanması hâlinde, müdafinin de süjelik statüsü itibarıyla sanıktan bağımsız olarak dava dosyası ve delilleri inceleme yetkisini haiz olduğununu ayrıca vurgulamak gerekir.

suretiyle savunma hakkı, sadece duruşma bakımından değil, soruşturma evresi bakımından da geçerli bir haktır.[153] Ancak burada inceleme konumuz nedeniyle sadece duruşma bakımından önem arz eden hususlar ele alınacaktır.

Bu düzenleme ile isnat altında bulunan kişi bakımından açıkça teminat altına alınan savunma şekilleri; *kendisini bizzat savunması, isteğe bağlı müdafiden faydalanmak suretiyle savunması ve zorunlu müdafiden faydalanmak suretiyle savunması***dır.**[154]

Aşağıda bu üç hak ayrıntılı olarak incelenecektir. İnceleme yapılırken öncelikli olarak kişinin kendi kendini bizatihi savunması daha sonra ise müdafiden faydalanmak suretiyle savunması ele alınacaktır. Müdafiden faydalanma hakkı ise iki alt başlığa ayrılacak ve öncelikle isteğe bağlı müdafiden faydalanmak suretiyle savunma, daha sonra ise zorunlu müdafiden faydalanmak suretiyle savunma incelenecektir.

b. Kişinin kendi kendini savunma hakkı

6. maddenin 3. fıkrasının c) bendinde ilk olarak zikredilen ve teminat altına hak, kişinin kendi kendini savunmasına ilişkindir. Eğer adaletin selameti bakımından zorunluluk arz etmiyorsa, sanığın mahkeme önünde kendisini muhakkak bir müdafi yardımıyla savunmasına gerek yoktur.

Kişi savunmasını bizatihi de yapabilir.[155]

Bu hakkının gereği olarak sanık, duruşma sırasında tüm işlemlerde muhakkak hazır bulunma hakkına sahip olmalı, mahkeme önünde beyanda bulunabilmeli ve kendisi aleyhinde bulunulan iddialara cevap verme imkânına sahip olmalıdır. Bu bağlamda kişinin kendi kendini savunma hakkının, hukuki dinlenilme ve çelişmeli muhakemeye ilişkin haklarla yakından ilişkili olduğu görülmektedir.[156]

Kendi kendini savunma hakkı, kişinin bir müdafiden faydalandığı hâllerde de söz konusudur. Nitekim müdafisi ve sanık savunmayı birlikte teşkil eden ama farklı süjelikleri bulunan bireylerdir. Bu itibarla, sanığın kendisine bir müdafi ataması, bireysel savunma yapmaktan tamamen vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Bilakis müdafisinin yardımından faydalandığı hâllerde de sanığın mahkeme huzurunda bizatihi bulunma ve sorgu hakkı gibi hakları mevcut olmaya devam etmektedir.[157]

Sanığın kendi kendini savunma hakkının bir gereği olarak ortaya çıkan duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın bu hakkından iradesiyle vazgeçtiği hâllerde dahi bulunmaya devam etmektedir. Bu itibarla duruşmadan kaçan veya bağışık tutulan sanık da istediği zaman savunma hakkının bir gereği olarak duruşmalara katılmaya devam edebilir.[158]

153 Leonard H. Leigh, "Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev. Selman Dursun, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.354

154 Ladewig, agm., s.96; Ambos, agm., s.34

155 Christoph Grabenwarter, "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md. 6)", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev. Osman Can, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.234

156 Ambos, agm., s.35

157 Ancak bazı zorunlu durumlarda sanık olmaksızın sadece müdafinin katılması, muhakeme işleminin hakkaniyete uygun sayılması bakımından yeterli sayılabilmektedir. Sanığın yüzüne karşı tanığın konuşamadığı hâllerde, sadece müdafinin duruşma salonunda bulunması ve sanığın dışarı çıkartılması bu tür durumlara örnek olarak verilebilir.

158 Grabenwarter, agm., s.234

c. Bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkı

6. maddenin 3. fıkrasının c) bendinden de anlaşıldığı üzere sanık kendi kendini savunabileceği gibi, bir müdafinin yardımından da faydalanabilecektir. Özellikle iddia makamı karşısında sanığın savunmada yalnız kalması durumunda, muhakemede çoğu kez istenilen dengenin ve silahlarda eşitliğin sağlanması mümkün olamayacağından, sanığın, bir müdafinin yardımından faydalanması, muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi bakımından büyük önem ifade etmektedir.[159]

Kural olarak bu hakkı kullanıp kullanmamak sanığın iradesine bağlıdır. Ancak bazı durumlarda kanun koyucu, sanığın içinde bulunduğu belli koşulları dikkate alarak, onun bir müdafinin yardımından faydalanmasını zorunlu kılmış olabilir. Bu tür durumlarda, sanığın, ancak bir müdafinin yardımıyla gerektiği şekilde savunmasını yapabileceği kabul edilmektedir.

Böylelikle etkin bir savunma ve iddianın çelişmesi sağlanacak ve sonuçta maddi gerçek mümkün olan en doğru hâliyle ortaya konulacaktır. Nitekim cezai uyuşmazlıklar sonucunda, suçluların cezalandırılmasında olduğu kadar, masumların serbest kalmasında ve suçluların hak ettiklerinden fazla ceza ile cezalandırılmamasında da topluma ait önemli bir menfaat söz konusudur.[160] Müdafi kamu adına görev yaparak topluma ait bu menfaati korumaya hizmet etmektedir.[161]

Bir insan ne kadar iyi hukuk bilgisine sahip olursa olsun, ne kadar öz güveni ve iyi hitabet yeteneği bulunursa bulunsun, kendisi hakkında gerçekleştirilecek bir ceza muhakemesinde, muhakemenin merkezinde olan süje olarak psikolojik baskı altında olacak ve bu nedenle çoğu kez kendisini gerektiği gibi savunamayacaktır.[162] Nitekim sanık, bir taraftan ceza iddiasıyla birlikte toplum düzenini ihlal eden ve antisosyal davranışta bulunan kişi olarak itham edilmenin manevi ağırlığıyla yüzleşmekte, diğer taraftan da muhakeme sonunda cezai sonuçlarla karşı karşıya kalma tehlikesini sürekli olarak aklının bir köşesinde bulundurmaktadır. Bu nedenle kendisi defalarca ceza avukatlığı yapmış bir kimsenin bile, kendisiyle ilgili ağır cezai uyuşmazlıklarda, muhakkak bir müdafinin yardımından faydalanması gerekir.

6. maddenin 3. fıkrasının c) bendindeki açık hüküm karşısında eğer sanık kendisine bir müdafi atayacak durumda değilse; ona devlet tarafından ücretsiz bir müdafinin atanması taraf devletlere getirilmiş bir yükümlülüktür.[163] AİHK ve AİHM, ilk önceleri, m. 6/3/c'de yer alan *"adaletin selameti gerektiriyorsa"* ifadesinin, bendin bütününe ilişkin olduğunu kabul etmişlerdi. Bir başka deyişle, söz konusu merciler, bir müdafinin görevlendirilmesinin, sadece adli hizmetlerin görülmesi bakımından zorunlu ise adil yargılamanın bir gereği sayılacağı kanaatindeydiler. Ancak Komisyon ve Mahkemenin bu kararları, doktrinde oldukça fazla eleştirildi. Bu gelişmeler sonucunda AİHM, 1983 yılında Pakelli-Almanya Davası'nda bu görüşünden vazgeçmiş, ilgili bentte yer alan "adaletin selameti gerektiriyorsa" ifadesini, müdafinin ücretinin devlet tarafından ödendiği hâllere münhasır olarak kabul etmiştir.[164]

159 Toroslu-Feyzioğlu, age., s.135

160 Filiz Tepecik-Hakan Karakehya, "Sanığa Atanmış Müdafiini Seçme Hakkı Tanınması Üzerine Düşünceler", Güncel Hukuk, Mart 2007, s.44

161 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.219

162 Beulke, age., s.89

163 Ladewig, agm., s.96

164 Schroeder, Fair Trial, s.62; Pakelli-Almanya; Başvuru No. 8398/78 Karar tarihi: 25.04.1983

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da müdafiden faydalanma hakkı açıkça güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda şüpheli ve sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir; kanuni temsilcisi varsa o da şüpheli veya sanığa müdafi seçebilir (CMK. m. 149/1). Kanun koyucu, duruşma devresi bakımından sanığın yardımından faydalanacağı müdafi sayısına ilişkin bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla duruşma salonunun elverdiği ölçüler içerisinde sanık dilediği kadar müdafinin yardımından faydalanabilecektir.[165]

Taraf devletlerin iç hukuklarında sanığın, devlet tarafından atanacak ve ücreti devletçe karşılanacak müdafiyi seçme hakkının bulunmaması, adil yargılanma hakkı bakımından bir önem ifade etmemektedir. Bu durumda sanığa herhangi bir müdafinin atanmış olması, hakkın yerine getirilmiş olması bakımından yeterlidir.[166] Ancak taraf devletler, sanık bakımından bu minimum haktan daha fazlasını güvence altına almak suretiyle, ona atanmış müdafiyi seçme imkânı da tanıyabilirler.[167] CMK'da da atanmış müdafi bakımından sanığa herhangi bir seçme hakkı tanınmamıştır.[168]

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c) bendinde müdafiden faydalanma hakkı iki şekilde ele alınmıştır: Bunlardan ilki, adaletin selameti açısından zorunlu olmadığı hâlde sanığın isteğiyle bir müdafinin hukuki yardımından faydalanması, diğeri ise onun iradesinin bir önemi olmaksızın kendisinin zorunlu olarak bir müdafinin yardımından faydalandırılmasıdır. Her iki hâlde de sanığın maddi gücünün yeterli olmadığı hâllerde müdafinin ücreti devlet tarafından karşılanacaktır. Dolayısıyla ücretsiz müdafiden faydalanma hakkı kesin olarak ücret ödenmekten kurtulma anlamına gelmemektedir. Bu ücretin devlet tarafından karşılanabilmesinin ön koşulu sanığın maddi imkânının bulunmamasıdır.[169]

İsteğe bağlı müdafiden faydalanma hakkı: İsteğe bağlı müdafiden faydalanma hakkı, sanığın, müdafi yardımı almasının adaletin selameti açısından gerekli olmadığı hâllerde dahi, bir müdafinin yardımından faydalanabilmesini ifade etmektedir.

Her ne kadar 6. maddenin 3. fıkrasının c) bendinde, adaletin selameti açısından zorunlu olmayan hâllerde, taraf devletlere, sanığa ücretsiz bir müdafi atama zorunluluğu getirilmemiş olsa da maddi gücü yüksek sanık ile bu gücü zayıf olan arasında bir ayrım yapmak istemeyen bazı kanun koyucular, maddi gücü olmayan sanığa da bu hâllerde ücretsiz müdafi atanmasını kabul etmişlerdir.[170]

---

165 Kovuşturma evresi bakımından yardımından faydalanılacak müdafi sayısına ilişkin olarak CMK'da bir sayı sınırlaması öngörülmemişken; 149. maddenin 2. fıkrasında soruşturma evresinde ifade alma sırasında en çok üç avukatın hazır bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

166 Ladewig, agm., s.96

167 Adil yargılanma hakkı, BM ve bölgesel nitelikteki hükümetler arası kuruluşlar tarafından kabul edilmiş çok sayıdaki uluslararası sözleşmelerde ve sözleşme dışı belgelerde tanınmıştır. Bu belgeler her hukuk sisteminin sağlaması gereken minimum güvenceleri düzenlemiştir. Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.24

168 CMK'da müdafi atanmasını isteyebilecek makamlar, soruşturma evresinde ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hâkim; kovuşturma evresinde ise mahkeme olarak tespit edilmiştir (CMK. m. 156/1). Bu makamlardan gelen talepler üzerine atanacak müdafinin görevlendirilmesi ise soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosunca yapılır (CMK. m. 156/2). Uygulamada baronun görevlendirdiği bir kimsede, atanmış müdafilik yapmak için kaydolmuş kimselerin listesi bulunmakta, bu kimse de soruşturma ve kovuşturma organlarından gelen talepler doğrultusunda, sırayla listede ismi olan avukatları görevlendirmektedir. Paylaştığımız üzere atanmış müdafiyi görevlendirme yetkisinin baroya değil de yargılama makamına ait olması gerektiği konusunda bk. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.226

169 Ladewig, agm., s.96

170 Sadece adaletin selametinin gerektirdiği hâllerde kişiye bir müdafi atanması, maddi yönden iyi imkânlara sahip olan sanıklara bir ayrıcalık tanımaktadır. Çünkü bu kabul edişe bağlı olarak, maddi durumu iyi olan sanık kendisine her hâlükârda ücretini bizzat ödemek suretiyle bir müdafi tayin edebilecek, ancak maddi durumu iyi olmayan sanığa devlet tarafından bir müdafi atanması için ise bu atamanın adaletin selameti açısından gerekli olması şartı aranacaktır. Bu itibarla bu eşitsizliği mümkün olduğunca ortadan kaldırmak için, ceza davasının hukuki ve fiilî açıdan zor olduğu hâllerde, adaletin selameti açısından müdafi atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Schroeder, Fair Trial, s.64

Bu bağlamda, müdafiden faydalanmanın ihtiyari olduğu hâllerde iki tür müdafilik söz konusu olur: *İhtiyari seçilmiş müdafilik ve ihtiyari atanmış müdafilik.*

Bir müdafiden faydalanmanın sanığın rızasına bağlı olduğu hâllerde, sanık, ücreti kendisi tarafından ödenmek üzere bir veya birden fazla müdafinin yardımından faydalanabilir.



Sanığın bu şekilde kendisinin belirlediği ve ücretini kendisinin ödediği müdafi, *ihtiyari seçilmiş müdafi* olarak isimlendirilir.

Sanık kendi ücretini kendisinin ödeyeceği isteğe bağlı müdafisini belirlemek konusunda tam bir serbestliğe sahiptir. Duruşmalara avukat olarak katılma yetkisine sahip ve kendi duruşması bakımından yasaklılık hâli söz konusu olmayan herhangi bir avukatı müdafi olarak tayin edebilir.

Ancak sanığın kendisinin bir müdafinin yardımından faydalanacak maddi gücü yoksa ve zorunlu olmamasına rağmen bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmak isterse, ücreti devletçe ödenmek üzere kendisine barodan bir müdafi tayin edilecektir.



Ücreti devlet tarafından ödenen bu müdafi, ihtiyari atanmış müdafi olarak isimlendirilir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere bizim hukuk sistemimiz bakımından, sanığın, baro tarafından atanacak müdafisini seçme hakkı bulunmamaktadır.

Zorunlu müdafiden faydalanma hakkı: AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c) bendinde, sanığın *"eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek"* hakkına sahip olduğu belirtilerek, zorunlu müdafiliğe vurgu yapılmıştır. Buna göre taraf devletler, adaletin selameti açısından gerekli olan hâllerde, eğer sanığın maddi imkânı yoksa muhakkak ona ücretsiz bir müdafi atama yükümlülüğü altına sokulmuştur.

Somut olay bakımından sanığa bir müdafi tayin edilmesinin adaletin selameti açısından gerekli olup olmadığının tespiti iç hukuk kurallarıyla ve mahkeme uygulamalarıyla tespit edilecektir. Ancak AİHM her hâlükârda, bu tür durumlarda ilgili devlet bakımından hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını denetleyebilecektir.[171] Ayrıca şunu da vurgulamak gerekir ki sadece adaletin selametinin gerektirdiği hâllerde kişiye bir müdafi atanması, maddi yönden iyi imkânlara sahip olan sanıklara bir ayrıcalık tanımaktadır. Çünkü bu kabul edişe bağlı olarak, maddi durumu iyi olan sanık kendisine her hâlükârda ücretini bizzat ödemek suretiyle bir müdafi tayin edebilecek ancak maddi durumu iyi olmayan sanığa devlet tarafından bir müdafi atanması için ise bu atamanın adaletin selameti açısından

171 Adaletin selameti açısından zorunlu müdafinin gerekip gerekmediğinin tespitinde davanın sanık bakımından önemi ve ağırlığı belirleyici rol oynamaktadır. Davanın ağırlığında kuşkusuz en önemli kriterlerden birisi dava sonucu söz konusu olabilecek hapis cezasının süresidir. Ayrıca sanığın hapis cezasına çarptırılması söz konusu olmasa bile örneğin mesleği şoförlük olan sanığın sürücü belgesine veya ülkede bulunan yabancının pasaportuna el konulması ihtimali varsa bu durumda da söz konusu kişiler bakımından bu müeyyidelerin oldukça ağır olduğu aşikârdır. Klaus Volk, Grundkurs StPO, München: C.H. Beck Verlag, 2005, s.106; Ayrıca sanığın muhakemenin gerçekleştirildiği dili anlamaması da bu noktada belirleyicidir. Ancak bizim hukukumuz bakımından bu hâller zorunlu müdafilik kapsamında düzenlenmemiştir. Zorunlu müdafilik bakımından taraf devletin sorumluluğu sadece müdafinin atanması ile de ortadan kalkmamaktadır. Ayrıca yetkili resmî makamlar, zorunlu müdafinin sanığın savunması bakımından etkin olup olmadığına da dikkat etmelidirler. Savunmanın yeterli olmadığının açıkça görülmesi hâlinde, sanığa muhakkak yeni bir müdafi atanmalıdır. Ladewig, agm., s.96

gerekli olması şartı aranacaktır. Bu itibarla eşitsizliği mümkün olduğunca ortadan kaldırmak için ceza davasının hukuki ve fiilî açıdan zor olduğu hâllerde, adaletin selameti açısından müdafi atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir.[172]

Anlatılanlar ışığında zorunlu müdafiliğe ilişkin bir tanım vermek gerekirse; zorunlu müdafilik, iradesinin bir önemi olmaksızın, adaletin selameti açısından zorunlu olan hâllerde, sanığın bir müdafi yardımından faydalandırılmasını ifade etmektedir.[173] Somut olay bakımından sanığa bir müdafi tayin edilmesinin adaletin selameti açısından gerekli olup olmadığının tespiti ulusal mahkemelerce yapılacaktır. Ancak AİHM her hâlükârda, bu tür durumlarda ilgili devlet bakımından hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını denetleyebilecektir.

Zorunlu müdafiliğin kabul edildiği hâllerde, kanun koyucu, sanığın bir müdafinin yardımı olmaksızın etkin şekilde savunma yapmasının mümkün olmayacağını önceden kabul etmiştir. Nitekim ceza muhakemesi, kamusal menfaatin söz konusu olduğu ve bu itibarla etkin bir savunmanın garanti altına alınmasının zorunlu olduğu bir yargılama hukuku dalıdır.[174]

Zorunlu müdafilik ile atanmış müdafilik birbirinden farklı kavramlardır: Zorunlu müdafilik, sanık veya şüphelinin muhakkak bir müdafi yardımından faydalanmasının gerekliliğini ifade ederken; atanmış müdafilik, müdafinin ücreti devlet tarafından ödenmek üzere sanığa devlet tarafından atanmasını ifade eder.[175] Dolayısıyla zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hâllerde sanık veya şüpheli, devletin atayacağı müdafiye ihtiyacı olmaksızın kendi müdafisini seçebileceği gibi; ihtiyari müdafiliğin söz konusu olduğu hâllerde de maddi gücünün yerinde olmadığını beyan eden sanığa devlet tarafından bir müdafi atanabilir.

Bu bağlamda, iki tür zorunlu müdafilik bulunmaktadır: *Seçilmiş zorunlu müdafilik ve atanmış zorunlu müdafilik.*

Sanığın zorunlu müdafiden faydalanmasının söz konusu olduğu hâllerde de sanık, kendi seçeceği bir müdafinin yardımından faydalanabilir. Bu durumda *seçilmiş zorunlu müdafilik* söz konusu olur ve müdafilik ücreti sanık tarafından ödenir.

Şüpheli veya sanığın, bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hâllerde, sanık veya şüphelinin müdafisini kendisinin seçmiş olması, seçilen müdafinin statüsünü isteğe bağlı müdafiye dönüştürmez. Bir başka deyişle sanık veya şüphelinin seçmiş olduğu ve ücretini kendisinin ödediği müdafi de zorunlu müdafidir. Bu bağlamda seçilmiş zorunlu müdafi de zorunlu müdafinin tabi olduğu kurallar çerçevesinde görevini yerine getirir. Örneğin, seçilmiş zorunlu müdafinin duruşmaya gelmediği hâllerde de sanığın iradesine bakılmaksızın, sanığa ya yeni bir

172 Schroeder, agm., s.62 vd. Bunun yanında iyimser bir azınlık görüşü olarak doktrinde, cezanın ağırlığına bakılmaksızın herhangi bir hapis cezasının söz konusu olduğu her cezai uyuşmazlıkta şüpheli veya sanığa bir müdafi atanması gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bk. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.224

173 Zorunlu müdafinin öngörüldüğü hâllerde de bazen ücreti devlet tarafından ödense bile sanığın herhangi bir müdafi tayinini reddettiği görülmektedir. Örneğin Eski Yugoslavya için kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesindeki yargılamasında Miloseviç, sanığın kendi kendini savunma hakkını vurgulamak suretiyle kendisine zorla bir müdafi tayin edilmesini reddetmiştir. Ambos, agm., s.37

174 Volk, age., s.105; Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hâllerde, sanık istemese de kendisine bir müdafi atanmaktadır. Nitekim bu durumda adaletin selameti bağlamında ortaya çıkan kamusal menfaat, sanığa ait bireysel menfaatten ağır basmaktadır. Ladewig, agm., s.96

175 Centel-Zafer, age., s.161

müdafi atanır ya da duruşma ertelenir.[176]

Şüpheli veya sanığın, bir müdafi yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hâllerde, eğer kendisinin seçmiş olduğu bir müdafisi yoksa şüpheli veya sanığa bir müdafi atanır ve bu zorunlu müdafinin ücreti devlet tarafından ödenir. Bu durumda ise atanmış zorunlu müdafilik söz konusu olur.[177]

Bu itibarla, sanığın, bir müdafinin yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hâllerde, ancak kendisi bir müdafi seçmemişse sanığa ücreti devlet tarafından karşılanacak bir müdafi atanır. Sanığın zaten seçmiş olduğu bir müdafi varsa; kanun koyucunun zorunlu gördüğü hukuki yardımı şüpheli veya sanığa, seçmiş olduğu bu müdafi zaten yapacağından ona ayrıca bir müdafi atanması gerekli görülmemiştir. Bu durum 150. maddenin 2. fıkrasında "... ve bir müdafisi de bulunmazsa..." denilmek suretiyle vurgulanmıştır.[178]

2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nu hazırlanırken kanun koyucu, taraf devlet yasama organı olarak kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmak suretiyle, aşağıda inceleyeceğimiz bazı kriterlere bağlı olarak zorunlu müdafi gerektiren uyuşmazlıkları tahdidi olarak tespit etmiştir. Yeri gelmişken hemen şunu da belirtelim ki CMK, CMUK'a nazaran zorunlu müdafilik gerektiren hâllerin kapsamını daha geniş tutmuştur.[179]

Zorunlu müdafilik hâllerinin genel çerçevesi CMK'nın 150. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; *şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafisi de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir* (CMK m. 150/2). *Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada*[180] da şüpheli veya sanığın müdafisi bulunmazsa istemi aranmaksızın kendisine bir müdafi tayin edilir (CMK. m. 150/3). Ayrıca *sanık veya şüpheli hakkında tutuklama talep edilmesi* (CMK. m. 101/3), sanık veya şüphelinin kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması (CMK. m. 74/2), *kaçak sanık hakkında duruşma yapılması* (CMK. m. 247/4), *duruşma disiplinini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi* (CMK. m. 204) hâllerinde de şüpheli veya sanığın müdafisi yoksa kendisine muhakkak bir müdafi atanır.

Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hâllerde, duruşma sırasında, sanığın

176 Yargıtay da 15-18 yaş grubunda bulunan sanıklar bakımından zorunlu müdafi atanmasını hukuk sistemimize sokan ve 01.12.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı Yasa'nın kabulünden sonra verdiği bir kararla, seçilmiş zorunlu müdafinin de yükümlülükleri bakımından, atanmış zorunlu müdafinin bağlı olduğu kurallara tabi olduğunu kabul etmiştir: "CYUY.nin kuralları arasında kıyas geçerlidir. Bu nedenledir ki Yasa'nın 138. maddesine göre barodan görevlendirilen müdafi yönünden mahkeme başkanına tevdi edilen denetim görevinin, veli veya vasi tarafından sanığa tutulan müdafiyi de kapsayacağı 'kıyas' yoluyla kabul edilmeli ve 141. madde bunlar hakkında da uygulanmalıdır." (1. CD. 16.03.1995-415/676); Nur Centel-Hamide Zafer. Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s.26

177 Centel-Zafer bu tür müdafiliği, görevlendirilmiş zorunlu müdafilik olarak isimlendirmektedirler. Centel-Zafer, age., s.161

178 Eğer bir müdafinin yardımından faydalanması zorunlu olan şüpheli veya sanık, başlangıçta kendisine bir müdafi seçmemişse ve muhakemenin ilerleyen evrelerinde kendisine bir müdafi seçerse; bu durumda başlangıçta devletçe atanan müdafinin görevi sona erer (CMK. m. 156/3). Şahin, age., s.496

179 Zorunlu müdafilik, CMUK'un 138. maddesinde "Yakalanan kişi veya sanık, on sekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafi de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine bir müdafi tayin edilir." denilmek suretiyle düzenlenmişti.

180 5560 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce bu hüküm, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden zorunlu müdafiliği kabul etmekteydi. Bu dönemde söz konusu düzenlemeyle birlikte, zorunlu müdafiliğin istisna olmaktan çıkıp kural hâline geldiği ileri sürülmekteydi. Bu konuda bk. Öztürk-Erdem, age., s.315

muhakkak bir müdafinin yardımından faydalandırılması gereklidir (CMK. m. 151/1).[181] Kanunun açık hükmü karşısında, zorunlu müdafi, duruşma devam ettiği sürece tüm oturumlara katılmalıdır. Müdafinin duruşmaya gelmediği veya duruşmadan ayrıldığı yahut görevini ifadan kaçındığı görülürse ya sanığa hemen yeni bir müdafi atanacak ya da daha yerinde olarak celse ertelenecektir. Aksi takdirde duruşmaya katılması zorunlu bir süjenin katılmaması nedeniyle mutlak bozma sebebi ortaya çıkacaktır (CMK. m. 289/1/e).[182]

Genel kural olarak, sanık, müdafisini azletme yetkisine sahiptir. Bu kural, ihtiyari atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu hâllerde de geçerlidir. Ancak zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hâllerde, sanık, kendisine atanan müdafiyi azletme yetkisine sahip değildir.[183] Eğer atanan zorunlu müdafi, savunma bakımından müdafiliğin gereklerini yerine getirmezse sanık kendisine atanan müdafinin görevini gereği gibi yapmadığını ileri sürebilir. Bu durumda mahkeme başkanı bunu dikkate almalı ve baroya bildirmelidir.[184]

7.3.5. Genel Olarak Çelişmeli Muhakeme, Silahların Eşitliği İlkeleri ve Duruşma

a. Genel olarak

AİHM'nin, içtihatlarıyla sürekli ortaya koyduğu üzere, çelişmeli muhakemenin yapılması ve bunun için de tarafların silahları arasında bir eşitlik olması adil yargılamanın en önemli gereklerindendir. Aslında bu iki ilke, birbirinden farklı kavramları ifade etmekle birlikte birbirleriyle yakından ilişkilidirler.[185] Silahlarda eşitlik olmadan tam bir çelişmenin gerçekleşmesi mümkün olmazken; çelişme olmadan da eşit silahlara sahip olmanın bir anlamı kalmamaktadır: Taraflardan birisinin diğerine göre avantajlı duruma geldiği bir muhakemede tam bir çelişme mümkün olmamış demektir. Bu durum düelloda taraflardan birine silah verip diğerine vermeksizin iki tarafı düello ettirmeye benzemektedir. Bu iki kişi arasında ortaya konulan mücadele nasıl gerçek anlamda bir düello oluşturmuyorsa, muhakemede taraflardan birine avantajlı bir durum sağlandığında da taraflar arasında bir çelişmenin gerçekleştirilmesi beklenemeyecektir. Bununla birlikte taraflar arasında eşitliğin sağlandığı her hâlde çelişmeli muhakemenin gerekleri tam olarak sağlanmış olmayabilir. Nitekim kendilerine savunma ve iddiada bulunma bakımından gerekli imkânlar tanınmayan kişiler arasında bir eşitlik vardır. Ancak böyle bir durumda tarafların birbirleriyle

181 Duruşma bakımından kural bu şekilde olmakla birlikte, soruşturma evresi bakımından şüphelinin bir müdafinin yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hâllerde, kural olarak şüphelinin bulunmasının gerekli olduğu her muhakeme işleminde müdafinin de hazır bulunması gereklidir. Dolayısıyla herhangi bir nedenle söz konusu muhakeme işlemlerine zorunlu müdafi gelmezse, bu durumda, şüpheli veya sanığın iradesine önem verilmeksizin ya yeni bir müdafi atanır ya da muhakeme işleminin yapılması ertelenir. Bu durum sanığın yanında müdafinin bulunmasında adaletin selameti açısından bir zorunluluk olmasının doğal bir sonucudur. Bu itibarla zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hâllerde, şüphelinin ifadesi alınırken veya şüpheli sulh ceza hâkimi tarafından sorgulanırken yanında muhakkak bir müdafi bulundurulmalıdır. Müdafi bulunmaksızın bu işlemlerin yapılması durumunda, hem adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacak hem hukuka aykırı davranılması nedeniyle elde edilmiş olan ifadeler hiçbir şekilde delil olarak kullanılamayacaktır.
Nitekim ülkemiz hukuk sisteminde hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir. Bu itibarla hukuka aykırı yollarla elde edilen delil, kamusal-bireysel menfaat oranı aranmaksızın, hukuka aykırı kabul edilip değerlendirilmeyecektir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı için bk. Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.848 vd.
Uygulamada hâlâ, kolluk, ifade alma dâhil her türlü soruşturma işlemini yaptıktan sonra müdafiyi ifade tutanağını imzalamaya davet edebilmekte, müdafinin tutanağı imzalaması da hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir beyanı görünüşte hukuka uygun hâle getirebilmektedir. Soruşturma evresinin efendisi savcı, bu tür uygulamaların önüne geçmek adına gerekli tedbirleri almalıdır. Öztürk-Erdem, age., s.315

182 Serap Keskin, Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s.134

183 Aynı zamanda şüpheli veya sanık, kanuni temsilcisinin seçtiği müdafiyi de kanuni temsilcisinin bu sıfatı devam ettiği sürece azledemez. Toroslu-Feyzioğlu, age., s.139

184 Centel-Zafer, age., s.162; Kanunun zorunlu müdafinin görevini gerektiği şekilde yapıp yapmadığını denetleme yetkisini mahkemeye verdiği konusunda gerekli açıklamalar için bk. Öztürk-Erdem, age., s.316

185 Ambos, agm., s.27

çelişmesi beklenemez.[186]

Dolayısıyla silahlarda eşitliğin ihlal edilmediği bazı hâllerde çelişmeli muhakeme ilkesine aykırılık söz konusu olabilecektir.[187]

Bu itibarla, biz de bu iki ilkeyi bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk. AİHM de bu iki kavram arasındaki yakınlık nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini birlikte ele almakta ve bazen birbirinin yerine geçecek şekilde kullanmaktadır.[188]

Mahkeme çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliğine ilişkin hakkı, 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel ilkeden, yani hakkaniyete uygun yargılamadan çıkarsamıştır. Bu iki hakka ilişkin genel ve net bir ifade 6. maddede yer almamaktadır. Bununla birlikte aşağıda inceleyeceğimiz ve 6. maddenin 3. fıkrasının d) bendinde açıkça düzenlenen *iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemeye ilişkin hak*, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin temel bir yansımasıdır.[189] Ancak bu ilkeler, sadece tanıklarını duruşmada dinletme ve karşı tarafın tanıklarına soru sorabilmeden ibaret değildir bilakis bundan çok daha geniş hususları içerir.

Esser'e göre, silahlarda eşitlik ve çelişmeli muhakemeye ilişkin ilkeler, Sözleşme organlarının genel ilkeden hareketle ortaya koydukları haklar içerisinde en önemlileridir.[190]

Hukuk doktrininde genelde, çelişmeli muhakeme, silahların eşitliğinin bir gereğiymiş gibi kabul edilmekte; AİHM içtihatlarında da bu yönde ifadelere rastlanmaktadır.[191] Ancak kanaatimizce bu kabul ediş doğru değildir. Birbiriyle yakından ilişkili bu iki kavramdan birisini daha geniş kapsamlı kabul etmek gerekirse bu kavram, çelişmeli muhakeme olmalıdır. Çünkü silahların eşitliği çelişmenin adil ve gerektiği şekilde olması için kabul edilmiş bir ilkedir.[192] Buna karşın silahların eşitliği sağlansın diye çelişmeli muhakemenin kabul edildiğini varsaymak, gerek mantık kurallarına gerekse her iki kavramı ortaya çıkartan tarihsel gelişime aykırılık teşkil etmektedir.

b. Çelişmeli muhakeme

Çelişmeli muhakeme ilkesi, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında

186 Modern ceza muhakemesi, eski dönemlerde cezai uyuşmazlıkları çözümü için başvurulan düello yöntemi ile önemli benzerlikler göstermektedir. Jay Sterling Silver, "Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right", Wisconsin Law Review, 1990, s.1007 vd.

187 AİHM de Niderost ve Huber-İsviçre Davası'nda, silahlarda eşitlik ilkesine aykırılık olmadığına ancak çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali olduğuna dair bir karar vermiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta, muhakeme bakımından önemli bir belge, davanın her iki tarafına da sunulmamıştı. Nideröst ve Huber-İsviçre; Başvuru No. 18990/91 Karar tarihi: 18.02.1997 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.

188 İnceoğlu, age., s.236

189 Christoph J. M. Safferling, "Audiatur et altera pars-die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?", NStZ Heft 4, 2004, s.182

190 Esser, age., s.401

191 Bk. Esser, age., s.400; İnceoğlu, age., s.241;

192 Aynı yönde bk. Silver, agm., s.1037

karşılıklı yorum yapma hakkının taraflara tanınmasına hizmet etmektedir.[193] Daha önce de belirttiğimiz üzere silahlarda eşitliğin sağlandığı bazı hâllerde, çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlal edilebilmesi mümkündür.[194] AİHM, Niderost ve Huber-İsviçre Kararı'nda, ilk derece mahkemesinin Federal Mahkemeye gönderdiği ve uyuşmazlık konusunda kendi görüşünü içeren yazının uyuşmazlığın her iki tarafının da bilgisine sunulmamış olmasını silahlarda eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Nitekim söz konusu belgeden her iki tarafın da haberi yoktur. Ancak bu uygulama bakımından AİHM, silahlarda eşitlik ilkesine bir aykırılık olmasa da çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Çünkü muhakemede tam bir çelişmenin sağlanabilmesi için muhakeme bakımından önemli enstrümanların tarafların bilgisine sunulması bir zorunluluktur.[195]

Tarafların birbirlerinin tanıklarına soru sorabilmesi muhakemede tam bir çelişmenin sağlanabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu itibarla, sanık bakımından 6. maddenin 3. fıkrasının d) bendinde güvence altına alınan iddia makamının tanıklarına soru sorma hakkı, çelişmeli muhakemenin önemli bir yansımasıdır.

Ancak bu demek değildir ki sadece tanıklara karşılıklı soru sorulabilmesi çelişmeli muhakeme açısından yeterlidir. Bilakis tanıklar dışındaki tüm deliller de duruşma salonunda tartışılacak ve taraflar özgürce tüm deliller hakkında kendi görüşlerini beyan edebileceklerdir. Eğer sanığın veya müdafinin herhangi bir delil konusunda beyanda bulunma hakkına riayet edilmezse, bu, çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlali ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağından adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Bu bağlamda, üzerinde durulması gereken önemli bir konu da yargılama dilini bilmeyen tanıkların dinlenmelerine ilişkindir. Bu tür durumlarda gerek mahkemenin gerekse tarafların tanığın ne dediğini anlayabilmeleri, ona soru sorabilmeleri, söylediklerinin doğruluğunu test edebilmeleri ve tarafların bu şekilde birbiriyle çelişebilmeleri için tercüman yardımından faydalanılması gerekir. Nitekim tanığın anlattıklarının delil olabilmesi için anlaşılabilir olması zorunludur.[196] Aksi takdirde çelişmeli muhakeme ilkesine aykırılık doğacağı aşikârdır. Bazı yazarlarca bu tür durumların da sanığın tercümandan faydalanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülse de bizim kanaatimiz, tanığa tercüman atanmasının çelişmeli muhakeme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Nitekim buradaki faaliyette bir delilin içeriği anlaşılmaya çalışılmakta, sanığın bizzatihi kendisinin bir tercümandan faydalanması söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamda bir beyan delilinin içeriğinin anlaşılmasını, çelişmeli muhakeme ilkesi kapsamında değerlendirmek en doğru olanıdır.[197]

AİHM, çelişmeli muhakemeye ilişkin şartın yerine getirilebilmesinde devletlerin çeşitli yöntemler benimsemesini makul karşılamaktadır. Buna göre çelişme sistemi, asıl kaynağını teşkil eden Anglosakson hukukundaki taraf muhakemesine dayanabileceği gibi; Kıta Avrupa'sı hukukunda kabul edilen resen araştırma ilkesi

193 "Çelişmeli yargılama, tarafların, diğer tarafça sunulan delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkânına sahip olması demektir." Ruiz-Mateos-İspanya, agk.; İnceoğlu, age., s.242

194 İnceoğlu, age., s.240

195 Nideröst ve Huber-İsviçre, agk.

196 Durmuş Tezcan, "Tercümandan Faydalanma Hakkı", AÜSBFM, 1997/1-4, s.198

197 Yargılama dilini bilmeyen tanıkların tercüman vasıtasıyla dinlenmesinin, sanığın tercümandan faydalanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bk. Tezcan, agm., s.198

temelli de olabilir.[198] Bununla birlikte hangi yöntem benimsenirse benimsensin, diğer tarafın dosyada yer alan mütalaaları öğrenebilmesi ve onlar hakkında yorum yapma olanağına sahip olması gereklidir.[199]

Türkiye'ye ilişkin olarak Göç Kararı'nda AİHM, çelişmeli muhakeme ilkesi bakımından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının Yargıtaydaki rolünü ele almıştır. Buna göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevi, temyiz taleplerinin esası hakkında mütalaada bulunmak ve bu şekilde verilecek karara etki etmeye çalışmaktır. Söz konusu mütalaanın niteliği dikkate alındığında, sanığa bu mütalaaya yazılı cevap verme hakkının tanınmamasının çelişmeli yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağına hükmedilmiştir.[200]

Her ne kadar Sözleşme organları daha önceki kararlarında savunmanın haberdar olmadığı mütalaaların içeriğini dikkate almaktaydılarsa da son zamanlarda bunun aksine kararlar verilmektedir. Buna göre savunmanın haberdar olmadığı bir mütalaanın duruşmada ileri sürülmesinin ve bunun mahkeme tarafından hüküm kurulurken dikkate alınıp alınmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Mahkemeye sunulan bir şeyin tepki vermeye değer olup olmadığını değerlendirmek savunmanın işidir. Bu bağlamda, savunmanın haberi olmaksızın mahkemeye sunuş yapmak her hâlükârda çelişmeli muhakeme ilkesini zedeleyecektir.[201]

CMK'da, açıkça ifade edilmese de yapılan düzenlemelerden anlaşıldığı kadarıyla çelişmeli muhakeme ilkesi duruşmaya hâkim olan temel yöntem olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, duruşma sırasında da çelişmenin tam olarak sağlanabilmesi için savcı ve müdafiye doğrudan soru sorma yetkisi verilmiş, bu şekilde tarafların birbirlerinin tanıklarının güvenilirliğini doğrudan test edebilmelerine imkân tanınmıştır. Ayrıca sanık ve katılan da hâkim vasıtasıyla tanıklara soru yöneltebilmektedir (CMK m. 201). Bunun dışında ortaya konulan her delilden sonra taraflara söz hakkı verilmesi güvence altına alınmış; bu şekilde ortaya konulan deliller hakkında tarafların karşılıklı olarak görüş beyan edebilmesi ve bu şekilde tam bir çelişmenin sağlanması amaçlanmıştır (CMK. m. 215,216).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ceza muhakemesinde kural olarak tüm deliller tarafların huzurunda ortaya konulur ve tartışılırlar. Böylelikle tarafların karşılıklı çelişmesi sonucu deliller en iyi şekilde değerlendirilerek, maddi gerçek en doğru hâliyle ortaya konulmaya çalışılır. Ancak ceza muhakemesi kapsamında bazen devlet sırrı nedeniyle birtakım belge delillerinin mahkeme tarafından gizli incelenmesi kanuni düzenleme altına alınmış olabilir. CMK'nın 125. maddesinde de bu duruma ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir* (CMK

198 Bu bağlamda, Anglosakson ceza muhakemesindeki çelişme yöntemi, bir taraf muhakemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde ise taraflar arasındaki çelişmeye imkân tanınmakla birlikte, kullanılan bu yöntem hiçbir şekilde muhakemeyi bir "taraf" muhakemesine dönüştürmemektedir. Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, München: C. H. Beck, 1998, s.116

199 İnceoğlu, age., s.243; Brandstetter-Avusturya; Başvuru No. 11170/84 Karar tarihi: 28.08.1991

200 Göç-Türkiye; Başvuru No. 36590/97 Karar tarihi: 09.11.2000

201 İnceoğlu, age., s.247 vd.

m. 125/1,2).[202] Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise 125. madde hükmü, sadece hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir.[203]

CMK'nın 125. maddesinde öngörülen hüküm, aşağıda incelediğimiz ve çelişmeli muhakemenin ayrılmaz bir parçasını oluşturan silahların eşitliği ilkesine aykırı düşmemektedir. Çünkü delil olacak belge, hem iddia hem de savunma makamına karşı gizli tutulmamaktadır. Bu bağlamda, silahların eşitliği bakımından herhangi bir sorun yoktur. Tarafların, delil olabilecek bir belgeyi hiç görmemelerine rağmen, söz konusu belgenin delil olarak kabul edilmesi, çelişmeli muhakeme ilkesine ise açık bir aykırılık teşkil etmektedir.

Nitekim tarafların görmedikleri bir belgenin üzerinde tartışmaları ve dolayısıyla birbirleriyle çelişmeleri mümkün görünmemektedir. Ayrıca üzerinde tartışılmamış bir belge delilinin maddi gerçeği ne oranda yansıtacağı da ayrı bir sorundur.

Bu bağlamda, özellikle mahkûmiyete ilişkin hükmün, tek veya esaslı dayanak noktasının gizli incelenmiş bir belge olması hâlinde, sanığın söz konusu belgeyi görüp inceleyememesi ve onun doğruluğunu test edememesi adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Çünkü böyle bir durumda mahkeme, sanık olmaksızın belge delilini inceleyecek ve onun devlet sırrı niteliğinde bilgiler içerdiğine kanaat getirirse sadece uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kısımlarını tutanağa geçirtecektir. Her ne kadar söz konusu belgenin içeriği kamusal menfaatlere zarar verebilecek nitelikte olsa da bu usulle incelenen ve uyuşmazlık konusu olayın tek veya esaslı delili olan belgeye dayanmak suretiyle mahkûmiyete karar verilmesi, adil yargılanma hakkının açık bir ihlalidir.[204]

c. Silahlarda eşitlik

Silahların eşitliği ilkesi, ilk olarak Neumeister-Avusturya Davası'nda uygulanmış ve o zamandan sonra hakkaniyete uygun yargılamanın en önemli gereklerinden biri olarak kabul edilmiştir.[205] Özellikle ceza davaları bakımından silahların eşitliği ilkesi,

202 Devlet sırrı tanımına CMK m. 47/1'de yer verilmiştir. Buna göre; açıklanması, devletin dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır.
CMUK ise devlet sırrı içeren belgelere ilişkin olarak m. 88'de bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, resmî dairelerdeki evrakın içeriğinin açıklanması veya evrakın mahkemeye teslimi için söz konusu dairenin en büyük amirinin izni gerekmekteydi. Amirin izni yeterli görülmez ise ilgili bakanlığa müracaat edilebiliyordu.

203 Bu bağlamda, 125. maddedeki düzenlemenin her suç bakımından uygulanması mümkün değildir. Söz konusu düzenleme, sadece alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar açısından uygulanabilecektir. Burada kanun koyucu, devlet sırrıyla suçlulukla mücadele arasında bir denge kurmaya çalışmıştır. Kanun bir taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını engelleyen devlet sırrını mahkemeye karşı açık tutmuş; diğer taraftan da bunu sadece belli suçlar bakımından kabul ederek devlet sırrını kısmen de olsa korumuştur. Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.465

204 Söz konusu düzenlemeyi, adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalı bulanlar olduğu gibi; özellikle eski CMUK'taki hükümlerle karşılaştırıldığı zaman çok yerinde bulanlar da vardır:
CMK'nın 125. maddesindeki bu düzenleme, devlet sırrına ilişkin tanıklıkla ilgili 47. maddenin simetriği olup, aynı şekilde kapalı yargılamaya izin vermekte, savunma hakkını ve adil yargılanma hakkını ağır şekilde ihlal etmektedir. Diğer taraftan İYUK'ta bile (m. 20/3) mahkeme tarafından, idareden "istenen bilgi ve belgeler devletin güvenliği ve yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği veya yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkinse, başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez" hükmü yer almaktadır. Bir idari işlemin iptal edilip edilmeyeceğinin değil; bir insanın mahkûmiyetine karar verilip verilmeyeceğinin kovuşturulduğu ceza davasında taraflara kapalı delil ikamesini getiren böyle bir hükmün uygulanabilir olmasını, hukuk devleti kavramlarıyla açıklamak mümkün değildir. Feyzioğlu, CMK Değerlendirmesi, s.37 vd.
CMUK m. 88'deki düzenlemeye göre, devlet sırrı içeren belgelerin mahkemede incelenebilmesi için amirin veya bu yeterli görülmezse ilgili bakanın beyanı gerekliydi. Bu hüküm, devletçi anlayışın bir eseridir ve yargıyı son derece sakıncalı şekilde idareye muhtaç etmek suretiyle, ceza muhakemesinin temelinde yatan maddi gerçeğin araştırılması ilkesini idarenin insafına bırakmıştır. CMK'da CMUK'un bu devletçi anlayışı terk edilmiştir. İdarenin devlet sırrını takdir etme konusundaki yetkisi elinden alınmıştır. Bu düzenleme özellikle yolsuzlukla mücadele açısından son derece önemli olacaktır. Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.464 vd.

205 İnceoğlu, age., s.212; Neumeister-Avusturya; agk.; Silahların eşitliği ilkesi, muhakeme hukuku alanında ve özellikle ceza muhakemesinde son zamanlarda giderek artan bir popülariteye sahiptir. İlke, bu popülaritesini, AİHM'nin bu alanda verdiği kararlara ve söz konusu ilkeyi muhakemenin temel ilkelerinden biri olarak kabul etmesine borçludur. Önceleri Komisyon tarafından ortaya konulan bu hak, zaman içerisinde Mahkeme tarafından da son derece fazlaca atıf yapılan bir hak olmuştur. Safferling, agm., s.182

savunmanın, iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul olanaklara sahip olmasını güvence altına almaktadır.[206]

Sözleşme organlarınca muhakeme faaliyeti içindeki her işlem, davanın özelliğine göre, silahların eşitliği ilkesi bakımından ele alınmaktadır. Bir başka deyişle silahların eşitliği, her somut olayda, onun özellikleri dikkate alınarak denetlenmekte[207] ve başvuru nedeni olan eşitsizliğin, gerçekten yargılamayı adaletsiz kılıp kılmadığına bakılmaktadır.[208]

İlkenin, sanıklar ile iddia makamı arasındaki şekli usuli eşitliği ifade eden ilk anlayış biçimi, 80'li yılların ortasında daha da geliştirildi.

Mahkemenin, Borgers-Belçika Kararı'nda da vurguladığı şekliyle[209] modern anlayışa göre bu ilke; bir tarafın, olayı, karşı tarafa karşı kendisini olumsuz bir pozisyona sokmayacak koşullar altında açıklayabilmesini ifade etmektedir.[210]

Tarafların birbirleriyle eşit şartlar altında çelişmesi, Anglosakson hukukunun taraf muhakemesini yansıtmaktadır. Bu nedenle, söz konusu ilkelerin Kıta Avrupa'sı hukukuyla bazı hâllerde uyuşturulmasının zor olduğu bir gerçektir. Nitekim tarihsel nedenlere bağlı olarak Kıta Avrupa'sı hukukunda savcı her zaman için savunmaya nazaran muhakeme açısından daha fazla yetkiye sahiptir.[211]

Bu itibarla, Kıta Avrupa'sı hukukunda, silahların eşitliği ilkesi dar yorumlanır. Bu ilke kapsamında, soruşturma evresinde şüpheli hakları ile savcının yetkileri arasında, süjelik sıfatlarından kaynaklanan farklı muhakeme rollerinin gereğini oluşturan farklılaşmalar ilkeye aykırı sayılmaz. Ancak muhakeme rollerinin gerektirdiği durumlar hariç, şüphelinin savcılık karşısında maksada uygun olmayacak şekilde olumsuz bir pozisyona sokulması, silahlarda eşitlik ilkesinin ihlalini oluşturacaktır.[212] Buna karşı duruşma sırasında, iddia makamına tanınan haklarla savunmaya tanınan haklar arasında tam bir dengenin sağlanması gereklidir. Çünkü bu devre ile birlikte savcı, süjelik görevinin getirdiği yöneten konumundan taraf olma özelliğini çok daha belirgin ortaya koyan iddia eden konumuna gelmiş olur. Örneğin, kovuşturma devresiyle birlikte, eğer savunma bakımından soruşturma sırasında dosya üzerinde inceleme yapılmasına ilişkin bir sınırlama getirilmişse tüm bu sınırlamalar otomatikman ortadan

206 Uluslararası Af Örgütü, age., s.173; "Qui statuit alliquid parte inaudita altera, Aequm liquet statuerit haud aequs fuit." ("Diğer tarafı dinlemeden bir şeye karar veren kimse, eğer adil bir karar vermeliydiyse, adil hareket etmiş olmaz.") "Wer etwas beschließt, ohne die andere Partei gehört zu haben, handelt nicht fair, selbst wenn er Faires beschlossen haben sollte." Safferling, agm., s.181

207 Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma", AÜSBF Dergisi-İlhan Öztırak'a Armağan, 1994/1-2, s.227

208 İnceoğlu, age., s.213

209 Borgers-Belçika; Başvuru No. 12005/86 Karar tarihi: 30.10.1991

210 Ambos, agm., s.24

211 Bunun yanında, özellikle soruşturma evresinde dosya sanığa karşı gizlidir ve müdafiye karşı da dosyanın gizli tutulması belirli şartlar altında hâkimden istenebilmektedir. Ancak soruşturma dosyası, soruşturmayı yöneten kişi olarak her zaman savcının elinin altındadır. Ayrıca ne sanık ne de müdafi soruşturma evresinde tanıkların dinlenmesinde hazır bulunma yetkisine sahip değildirler. Savcının, özellikle soruşturma evresinde, şüpheli ve müdafisinden farklı yetkilere sahip olmasının nedeni, birer süje olarak savcıya, sanığa ve müdafisine verilen muhakeme rollerinin farklılığıdır. Dolayısıyla Anglosakson hukukundaki taraf muhakemesinde savcıya verilen muhakeme rolü ile Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde ona verilen rol birbirinden farklı olduğundan; Kıta Avrupa'sı hukukunda hem savcı farklı yetkilere sahip olmakta hem de buna bağlı olarak çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin algılanışında farklılık ortaya çıkmaktadır. Schroeder, Fair Trial, s.96 vd.

212 AİHM'ye göre, silahların eşitliği ilkesinin gereği olarak, duruşma ve kanun yolu muhakemesi sırasında taraflara ilkesel olarak eşit muamele edilmelidir. Bu bağlamda savcı, muhakeme sırasında sözlü dinleniyorsa, sanık veya onun müdafisi de sözlü olarak dinlenmelidir. Aynı şekilde bir taraf dinlendiğinde ve karşı tarafa yönelik iddialarını ileri sürdüğünde, diğer tarafa da bu iddialara karşı antitez ileri sürebilme imkânı tanınmalıdır. AİHM'ye göre, bu eşit silahlarla mücadeleye ilişkin hak sadece maddi soruna değil aynı zamanda hukuki soruna ilişkin olarak da ortaya çıkmaktadır. Safferling, agm., s.182

kalkar.[213]

AİHM de bu tür durumlara pragmatist yaklaşmakta ve usule ilişkin eşitsizliklerin gerçekten yargılamayı hakkaniyete aykırı hâle getirip getirmediğine bakmaktadır.[214] Eğer söz konusu eşitsizlik, savunmayı hiçbir şekilde haksızlığa uğratmıyorsa adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmektedir.[215]

Uyuşmazlığın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir eşitlik olabilmesi için, tarafların davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşabilmek bakımından da eşit imkânlara (yetkilere) sahip olması gerekir.

Ancak şunu da unutmamak gerekir ki silahların eşitliği açısından önemli olan, taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlamamasıdır. Eğer her iki taraf da bir belgeye ulaşmamak bakımından eşit konumdaysa bu durum silahların eşitliğine aykırılık oluşturmaz. Ancak hakkaniyete uygun yargılama altında yer alan diğer alt haklara aykırılık teşkil edebilir. Mahkeme, Feldbrugge-Hollanda Kararı'nda, başvurucunun, resmî bilirkişinin kararına ulaşamadığı bir uyuşmazlıkta, silahların eşitliği ilkesine herhangi bir aykırılık görmemiştir. Çünkü davanın diğer tarafı da aynı durumdadır. Eğer bilirkişi görüşü karşı tarafın aleyhine çıkmış olsaydı, karşı taraf da raporu görme ve yorumda bulunma imkânına sahip olmayacaktı. Ancak Mahkeme, bu uyuşmazlık bakımından silahların eşitliğine aykırılık görmese de tarafların davaya tam olarak katılımı sağlanmadığından genel ilkeye ilişkin hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir.[216]

Duruşma devresinde iddia makamı ile sanığın eşit yetkilere sahip olması bakımından CMK'da, silahların eşitliğine ilişkin ciddi sorunlar olduğu görülmektedir. Silahların eşitliğini sağlamaya yönelik olarak, iddia makamı gibi sanığın da duruşmada bulunmasının bir hak (aynı zamanda bir yükümlülük) olarak düzenlenmiş olması (CMK m. 193) ve kovuşturma evresi ile birlikte müdafinin dava dosyasını ve koruma altına alınmış tüm delilleri sınırsız olarak inceleyebilmesine imkân tanınmış olması çok yerinde düzenlemelerdir.[217] Ancak bu olumlu düzenlemelerin yanında, sanığın

213 Savcı, süjelik görevinin gerektirdiği bir görev olarak soruşturma aşamasının yöneticisidir. Hatta soruşturma evresinde sahip olduğu geniş yetkiler nedeniyle kendisine soruşturmanın efendisi denildiği de görülmektedir. Ancak, soruşturma tamamlanıp kovuşturma evresine geçilmesiyle birlikte savcı bu yöneten konumundan ayrılıp, tam bir iddia eden konumuna gelir. Kovuşturma evresinin yönetimi ise tamamen mahkemeye ait bir görevdir. Bu konuda bk. Centel-Zafer, age., s.345

214 İnceoğlu, age., s.227

215 Kremzov-Avusturya; Başvuru No. 12350/86 Karar tarihi: 21.09.1993; Bu davada başvurucunun ileri sürdüğü hususlardan birisi, savunmanın kanun yoluna başvurması için kısa bir zaman dilimi tanınırken, yüksek mahkeme savcısının mütalaasına ilişkin herhangi bir zaman sınırlamasının bulunmamasıdır. AİHM bu konuya ilişkin kararında, yüksek mahkeme savcısının davayı savunmadan çok daha sonra, kanun yolu aşamasında öğrenip tanıma imkânı olduğunu bu nedenle daha fazla süreye ihtiyaç duyacağını vurgulamıştır. Ayrıca bu farklılık nedeniyle somut olayda savunmanın hiçbir haksızlığa uğramadığını kabul etmiş ve başvurucunun şikâyetini haklı bulmamıştır.

216 Feldbrugge-Hollanda; Başvuru No. 8562/79 Karar tarihi: 29.05.1986 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir. Kuipola-Finlandiya Davası'nda ise dava sırasında sanığın talebi üzerine polise hazırlattırılan ek soruşturma raporunun, savcılıkça, sanığın haberi olmaksızın ve savcılığın yorumu da eklenmek suretiyle mahkemeye sunulması silahların eşitliği açısından ele alınmıştır. Mahkemenin son kararında bu bilirkişi raporuna hiç yer vermemiş olmasına rağmen, AİHM bu durumu silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur. AİHM'ye göre taraflar arasındaki usuli eşitlik, bilirkişi raporuyla ilgili yorum getirme imkânının sanığa da tanınmasını gerektirmektedir. Ayrıca ek soruşturma yapılmasını da sanığın kendisi istemiş ve dava bakımından önemli görmüştür. Kuopila-Finlandiya; Başvuru No. 27752/95 Başvuru tarihi: 27.04.2000

217 CMK m. 153'e göre; (1) Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (2) Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. (3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. (4) Müdafi, Cumhuriyet Savcılığınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.
Centel-Zafer'e göre, CMK'da koruma altına alınmış olan delillerin müdafi tarafından incelenip incelenemeyeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kovuşturma evresi bakımından bu yetkinin açıkça müdafiye tanınmış olması (CMK m. 153/4), soruşturma evresi açısından bu konunun bilinçli olarak düzenlenmediğini akla getirmektedir. Centel-Zafer, age., s.163

duruşma dosyasını inceleyebilme imkânının kanunda açıkça düzenlenmemiş olması[218] ve bazı duruşma işlemlerinin öne alınmasını ifade eden erken dinleme hâllerinde, tutuklu sanığın bu işlemlerde bulunmasının mahkemenin takdirine ve zorunlu hâllerin varlığına bağlı tutulmasının (CMK m. 181/3) silahların eşitliği ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını önemli ölçüde zedelediğini belirtmek gerekir.

6. maddede açıkça belirtilmese de silahların eşitliği ilkesi kapsamında ortaya çıkan diğer bir önemli hak da delil ikame edebilme ve karşı tarafın ortaya koyduğu deliller hakkında görüş beyan edebilmeye ilişkin haktır.

Bu hak, tanıklara ilişkin olarak 6. maddenin 3. fıkrasının d) bendinde açıkça güvence altına alınmıştır ve bu bent, 6. maddede silahların eşitliği ilkesini, tam olarak olmasa da en açık ortaya koyan düzenlemedir.[219] Ancak deliller sadece tanıklardan ibaret değildir. Bunun dışında ispat bakımından önem taşıyan belge ve belirti delilleri de söz konusudur ve sanığın tüm bu delillerin güvenilirliğini test etme yetkisi, hakkaniyete uygun yargılanmanın bir gereğidir.[220] Her ne kadar 6. maddenin 3. fıkrasının d) bendinin, kıyas yoluyla diğer deliller bakımından uygulanabileceği ileri sürülebilirse de söz konusu bentte sadece iddia tanıklarından söz edilmesi nedeniyle, diğer deliller bakımından konuyu çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği altında incelemeyi uygun bulduk. Nitekim mahkeme de tanıklar haricindeki deliller bakımından 1. fıkraya gönderme yapmakta ancak konuyu ele alırken 3. fıkranın d) bendi ile bağlantı kurmaktadır.[221]

Sözleşme organları, bir uyuşmazlığa ilişkin delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin ilgili olup olmadığına karar verme bakımından esas itibarıyla ulusal mahkemelerin yetkili olduğunu kabul etmekte ancak delillerin reddedilmesinin yargılamayı açıkça hakkaniyetsiz duruma getirdiği hâllerde bu hususu göz önünde bulundurmaktadır.[222]

Delil ikame etme hakkı, iddia makamı karşısında sanığın eşit imkânlara sahip olabilmesi bakımından da büyük önem arz eder. Nitekim iddia makamı, sanığın suçluluğunu ispat etmek için her türlü delili rahatlıkla ortaya koyma imkânına sahipken, sanığa bu konuda karşı taraftan farklı sınırlamaların getirilmesi, duruşma salonundaki düellonun eşit silahlarla gerçekleştirilmesini engelleyecektir. Her ne kada, devlet organları karşısında daha zayıf durumda bulunan sanık lehine, istisnai

218 "Müdafi veya vekili bulunmayan şüpheli ve sanığın veya suçtan zarar görenin bizatihi dosyayı inceleme yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Kanımızca şüpheli ve sanığa veya suçtan zarar görene de bu yetki tanınmalıdır." Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.672; Ancak kanunda açık düzenleme bulunmaması nedeniyle doktrinde birçok yazar müdafisi olmayan sanığın böyle bir yetkisinin olmadığı kanaatindedirler. Bk. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, age., s.483; Centel-Zafer, age., s.157; Kanunda açıklık olmasa da kanaatimizce savunma hakkının önemli gereği olan sanığın dosyayı inceleme yetkisinin AİHM içtihatları doğrultusunda şüpheli ve sanığa tanıması gerekir. Zaten soruşturmanın gizliliğini düzenleyen CMK'nın 157. maddesinde "savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla" ifadesine yer verilmiştir. Özellikle müdafisi olmayan şüpheli veya sanığın dosyayı inceleyememesinin savunma hakkını açıkça kısıtladığı ortadır. Bu bağlamda, soruşturma evresinde şüpheliye bu hak tanınmalıdır. Soruşturma evresinde şüpheliye tanınan bu hakkın kovuşturma evresinde tanınmaması da düşünülemeyeceğinden aynı durumun duruşma bakımından da geçerli olduğu açıkça söylenebilir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için yukarıda bk. "III. Bölüm, 3.3. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Kolaylıklara Sahip Olma"

219 Ambos, agm., s.37

220 Bu bağlamda, tanıklara soru sorma hakkı da 3. fıkranın d) bendindeki kapsamdan daha geniş anlaşılır. Bir başka deyişle soru sorma hakkı, sadece iddia makamının tanıklarına soru sormaktan daha geniş kapsamlı olarak, sanığın kendi gösterdiği ve tarafsız tanıklara da soru sormasını kapsar şekilde bir anlam ifade eder. Çünkü silahların eşitliği tüm deliller bakımından gerekli ve geçerli bir ilkedir. Ambos, agm., s.38 vd

221 Bönish-Avusturya; Başvuru No. 8658/79 Karar tarihi: 06.05.1985 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir.
CMK'da, sanığın kendi tayin ettiği taraf bilirkişisinden (kanunun ifadesiyle bilimsel mütalaa almak üzere bir uzmandan) faydalanmasına imkân tanınmıştır. Nitekim m. 67/6'ya göre; Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafi veya kanuni temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere veya bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.

222 Barbera, Messeque ve Jabordo-İspanya; Başvuru No. 10590/83 Karar tarihi: 06.12.1988 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr adresinden ulaşılabilir.

olarak bu eşitliğin bozulması makul karşılanabilirse de tam aksine onun aleyhine olarak bu eşitliğin bozulması hiçbir şekilde kabul edilemez.

AİHM, bilirkişi tayin etme ve taraf bilirkişisinin diğer bilirkişilerle duruşmada eşit haklara sahip olması bakımından konuyu Bönish-Avusturya Davası'nda ele almıştır. Bu olayda, mahkeme tarafından tayin edilen ve iddianamedeki suçlama lehine görüş açıklayan bilirkişinin duruşma boyunca sürekli hazır bulunmasına izin verilirken, sanık tarafından atanan taraf bilirkişisi (teknik müşavir) bir tanık muamelesine tabi tutulmuştur. Bu konuyu inceleyen AİHM, söz konusu uygulamanın, silahlarda eşitlik ilkesinin zedelenmesi bağlamında adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.[223]

Delil ikame etme bakımından şunu da belirtmek gerekir ki bu hak, istisnasız olarak kabul edilmiş bir hak da değildir. Nitekim sanık kendisine savunmasını gerektiği şekilde yapabilsin ve lehine olan hususları rahatlıkla ortaya koyabilsin diye tanınan bu hakkı, kötüye kullanabilecek, duruşmayı uzatmak bakımından gereksiz delil ikamesi talepleri olabilecektir. Bu itibarla AİHM bu hakkı mutlak olarak kabul etmemiştir. Sanığın ikame etmek istediği her delilin kabul edilmesi gerekmez ancak bu hakkın amaca uygun olmayan şekilde kısıtlanması, adil yargılanmanın ihlalini oluşturur. CMK'da da bazı hâllerde delil ikamesinin reddedilmesi öngörülmüştür. Nitekim CMK m. 206/2'ye göre; *a. Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, b. Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa c. İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa* ortaya konulması istenilen bir delil reddolunur.

Delil ikame etmek haricinde, karşı tarafın ortaya koymuş olduğu deliller hakkında da sanığın görüşünü beyan edebilmesine ve bunlardan kendi lehine olan hususları ortaya koymasına imkân tanınması gerekir. Çünkü iddia makamının ileri sürdüğü bir delil de farklı açılardan ele alındığında sanık lehine sonuçlar doğurabilecektir. Aynı şey mahkemenin resen ortaya konulmasını istediği deliller bakımından da geçerlidir.

CMK'da duruşma devresine ilişkin olarak, delil ikame edebilme ve ortaya konulan deliller hakkında görüş beyan edebilme bakımından sanığa gerekli imkânların tanındığı görülmektedir. Nitekim mahkemece davet edilmeyen tanıklarını doğrudan duruşmaya getirerek onların dinlenmesini sağlama yetkisi sanığa verilmiş (CMK m. 178), hâkim vasıtasıyla tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya katılan diğer kimselere soru yöneltebilmesi kabul edilmiş (CMK m. 201), duruşma sırasında tüm deliller ortaya konduktan sonra onlar üzerinde yorum yapma imkânı tanınmıştır (CMK m. 215,216).

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus da silahların eşitliği ilkesinin temel amacının sanığı korumak olduğu ve bazen eşit silahlara sahip olmanın onun açısından adil olmayabileceği hususudur. Bu itibarla, muhakeme salonunda gerçekleştirilen düelloda, sanık lehine bazen silahların eşit olması ilkesine istisna getirilebilecektir. Nitekim bir tarafta hukuk eğitimi almış, belirli bir staj süresi geçirmiş ve çoğu kez yılların getirdiği bir muhakeme tecrübesine sahip savcı bulunurken, onun karşısında genellikle bu niteliklerle uzaktan yakından alakası olmayan sanık bulunmaktadır. Bu bakımdan bu iki farklı konum ve birikimdeki insanı tam olarak eşit silahlara sahip kılmak ve aralarındaki düelloya müdahale etmemek, sanık açısından

223 Bönish-Avusturya, agk., Almanya'da bir yüksek eyalet mahkemesi de silahlarda eşitlik ilkesine dayanarak, savcının çok sayıda kendisine yardımcı elemanı olduğuna göre, sanığın dosyasını avukat tarafından gönderilen yardımcısı da inceleyebilir, şeklinde bir karar vermiştir. Schroeder, Fair Trial, s.100

istenmeyen olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle savcıya yetkilerinin hatırlatılmamasına rağmen, sanığa sahip olduğu hakların mahkeme tarafından hatırlatılması, muhakemenin adil bir şekilde yürütülmesi bakımından gerekli bir husus olarak kabul edilmiştir. Hatta çoğu kez kanunlarda, şüpheliye haklarının hatırlatılmasına ilişkin bu bildirim yükümlülüğünün, soruşturma sırasında savcılık ve kolluk görevlileri bakımından da kabul edildiği görülmektedir.[224] Bu bağlamda, CMK'da da duruşma devresine ilişkin birçok hakkın sanığa hatırlatılmasının düzenleme altına alındığı görülmektedir. Örneğin; *176. maddede belirlenen süreye uyulmamış ise duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu sanığa hatırlatılır* (CMK. m. 190/2).[225] Mahkemedeki sorgusundan önce, *sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve 147. maddede belirtilen diğer hakları bildirilir* (CMK. m. 191/3/c).[226]

7.3.6. İddia Makamı ile Eşit Koşullarda Tanık Çağrılıp Dinlenmesini Talep Etme, Tanıkları Sorguya Çekme ve Duruşma

a. Genel olarak

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d) bendinde teminat altına alınan, *iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme* hakkı köken itibarıyla, yukarıda açıkladığımız çelişmeli muhakeme ve *silahların eşitliği ilkelerine* dayanmaktadır.[227] Hatta 6. maddede açıkça belirtilmeyen ve Sözleşme organlarının genel ilkeden hareketle ortaya koydukları haklardan olan silahların eşitliğini, 6. maddede tam olarak olmasa da en açık biçimde yansıtan düzenlemenin d) bendi olduğu söylenebilir.[228] Bu itibarla 6. maddedeki genel ilkeyi içeren hakkaniyete uygun yargılama hakkı kapsamındaki çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkeleri başlığı altında da incelenebilecek olan bu hakkı, 3. fıkranın d) bendinde açıkça güvence altına alınmış olması ve özel önem ifade etmesi yönünden ayrıca incelemeyi uygun gördük.[229] Bu bağlamda konu, "iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme hakkı" ve *"savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme"* olmak üzere iki alt başlık hâlinde incelenecektir.[230]

Ancak bu incelemeye geçmeden önce tanık kavramının AİHM tarafından ne şekilde ele alındığı üzerinde durmak gerekir: Nitekim Sözleşme'de yer alan birçok kavramda olduğu üzere, AİHM tanıklık kavramını da taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız, özerk bir kavram şeklinde değerlendirmekte ve bu kavramı, sanığa isnat

224 Bu konuda bk. Schroeder, Fair Trial, s.104 vd.

225 CMK m. 176/4'e göre, sanığa çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir.

226 CMK m. 147'deki düzenlemeye göre susma hakkı dışında; müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafinin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır.

227 Ambos, agm., s.37; Genel olarak, iddia ve savunma sanıklarının karşılıklı olarak yüzleştirilmesini ifade eden çapraz sorgu, Anglosakson hukukunun taraf muhakemesine dayanan sistemini yansıtmakta olup, Kıta Avrupa'sı hukuk sistemine yabancıdır. Bununla birlikte Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde de savcılık ve sanık, tanık gösterme hakkına sahiptirler. Buna karşılık mahkeme de sanığın lehine veya aleyhine olup olmamasına bakmaksızın, esasa ilişkin önemli konularda resen tanık dinleyebilmektedir. Resen dinlenen bu tanıkların kimin lehine veya aleyhine ifade vereceği önemli değildir. Schroeder, Fair Trial, s.72 vd.

228 Ambos, agm., s.37

229 Mahkemenin, 3. fıkranın d) bendini değerlendirirken, 1. fıkradaki genel ilke ile birlikte ele aldığı ve muhtemelen tüm delil araçlarını da kapsar şekilde yorumladığı görülmektedir. Gölcüklü, agm., s.227

230 Konuyu bu şekilde ikiye ayırarak incelememizdeki en önemli gerekçelerden birisi de söz konusu fıkrada bu iki hususun ayrı ayrı vurgulanarak düzenlenmiş olmasıdır. Nitekim AİHS m. 6/3/d bağlamında sanığa sağlanan imkânlar bakımından tanıklık iki boyutlu olarak düzenlenmiştir. Bu boyutlardan birincisi aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ve çektirmek, ikincisi ise lehine tanık gösterebilmektir. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), s.398; Aynı yönde Grabenwarter, agm., s.237

edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olarak anlamaktadır.[231] Bu bağlamda, 3. fıkranın d) bendini, 1. fıkradaki genel ilkeyle birlikte ele alan Mahkemenin, tanık kavramını bilirkişileri de kapsar şekilde değerlendirdiği görülmektedir.[232] Söz konusu kimsenin ifadesinin, duruşmada veya hazırlık soruşturmasında polis tarafından alınmış olmasının tanıklık statüsünün kazanılması bakımından bir önemi yoktur. İfadenin yazılı veya sözlü olması ve video yahut ses kaydından oluşması tanıklık statüsü bakımından bir soruna neden olmaz. Suç ortakları da ifadeleri yargılamada kullanıldığı müddetçe tanık olarak mütalaa edilirler.[233]

b. İddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme

aa. Genel olarak: Sanığın, iddia tanıklarına soru sorması ve bu şekilde onlarla yüzleşmesi savunma bakımından çok önemlidir.

Nitekim sanık, bu şekilde tanık beyanlarının zayıf noktalarını ortaya koyup güvenilirliğinin test edilmesini sağlayabilecek (tested evidence), sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çıkartabilecek ve yargılama makamının sadece iddianın ortaya koyduğu şekliyle olayı algılamasını önleme imkânına sahip olacaktır.[234]

AİHM'ye göre, savunmaya tanınan bu hakkın amacı, tanığın inandırıcılığını sarsmak ve onun güvenilirliğini denemek olarak tanımlanmaktadır.[235] Mahkûmiyet kararının tamamen veya önemli ölçüde bir tanık beyanına dayanması, sanığın ne soruşturma ne de kovuşturma sırasında tanığa soru sorma imkânının tanınmaması kural olarak adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır.[236]

d) bendinde sanığın, iddia tanıklarını sorguya çekmesinin haricinde ayrıca çektirmesine de yer verilmiştir. Lafzi olarak ele alındığında bu düzenlemenin amacı, sanığın muhakkak surette tanıkları kendisinin sorguya çekmesinin gerekli olmadığı, müdafinin de bunu sanık adına yapabileceğini açıkça ifade etmektir.[237]

Sözleşme organlarının içtihatları ile ortaya koyulduğu üzere, tanıklara soru sorma hakkı mutlak bir hak değildir. Mahkeme hâkimi muhakemenin selameti açısından gerekli hâllerde buna ilişkin talepleri reddedebilir.[238] Ancak bu ret kararı, soruya verilmesi beklenen cevabın maddi gerçeğin ortaya konulması bakımından önem arz edip etmediğinin takdir edilmesi suretiyle verilmelidir. Maddi gerçeğin araştırılması bakımından önemli olduğu açıkça belli olan bir sorunun sorulmasına izin verilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilecektir.[239]

---

231 Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), s.368

232 İnceoğlu, age., s.216; Bilirkişi kavramının tanık kavramından ayrı ele alınması ve bilirkişiyi sorgulama hakkının 1. fıkradaki genel ilke kapsamında tanınması gerektiği yönünde bk. Gemalmaz B. agm., s.400

233 Gemalmaz B., agm., s.400

234 Ambos, agm., 37 vd.

235 Grabenwarter, agm., s.239

236 Ladewig, agm., s.97; Bununla birlikte, sanığın, tanıklara soru yöneltme hakkı, Sözleşme'de duruşma bakımından güvence altına alınmıştır. Bu itibarla soruşturma sırasında aleyhteki tanıkların sorgulanmasına izin verilmemesi, duruşma sırasında bu tanıkların sorguya çekilmesi mümkün olduğu sürece adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmayacaktır. Gemalmaz B., agm., s.402

237 Ambos, agm., s.37

238 Ladewig, agm., s.97

239 İnceoğlu, age., s.216; Schroeder, Fair Trial, s.74; Kural olarak, sanığın her davada kendisi aleyhine ifade veren tanıkları sorgulama hakkı olmalıdır. Bu hak nesnel nedenlere dayanmak kaydıyla istisnai olarak meşru görülür. Ancak bu nedenlerin daima tamamen somut meşru nedenler olması gerekir. Yargısal yarar veya suçlarla etkin mücadele nedenlerine genel bir gönderme yeterli değildir. Grabenwarter, agm., s.237

CMK'nın 201. maddesinde sanığın; tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kimselere soru sorması güvence altına alınmıştır. Buna göre, *Cumhuriyet savcısı, müdafi ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; ... katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı aracılığı ile soru sorabilir.* Görüldüğü üzere sanık, bu kişilere sorularını hâkim veya mahkeme başkanı aracılığı ile soracaktır. Ancak sanık bir müdafi yardımından faydalanıyorsa müdafi söz konusu kimselere doğrudan soru sorma yetkisine de sahiptir. Kanun koyucu müdafiye tanıdığı doğrudan soru sorma yetkisini sanığa da vermeyi yerinde görmemiş ve bu imkândan sadece müdafisi olan sanıkların faydalanmasına imkân tanımıştır.

Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki savcı, müdafi ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata tanınan doğrudan soru sorma yetkisinin, Anglosakson hukuk sistemindeki çapraz sorguyu hatırlatması nedeniyle, bizdeki bu kurumun da bazen çapraz sorgu olarak ifade edildiği görülmektedir. Ancak Anglosakson hukukunun kendine has bir yapısı vardır ve taraf avukatları kendi tanıklarını öncelikle kendileri sorgulamakta daha sonra ise karşı tarafa sorgu yapma imkânı tanınmaktadır. Hâkim ise sorguya herhangi bir şekilde müdahale etmemektedir. Ancak bizde tanıkları öncelikle hâkim sorgulayıp daha sonra taraflara karşılıklı soru sorma yetkisi verdiğinden, çapraz sorgunun temel mantığında yer alan tanıkları tarafların sorgulaması, söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle CMK'da öngörülen sistemin tam anlamıyla bir çapraz sorgu olduğu söylenemez kanaatindeyiz.[240]

Doğrudan soru sorma yöntemi ile savunma, kendi tanıklarına kendi tezini doğrulatacak, karşı tarafın tanıklarına ise karşı tezin gerçeği yansıtmadığını açığa çıkartabilecek sorular sorma imkânına sahip olacaktır.

Örneğin tanığın önceden kurguladığı şekilde beyanda bulunması hâlinde, müdafi doğrudan soracağı sorular ile onun ifadelerinin güvenilmezliğini ortaya çıkartabilecektir. Bu itibarla müdafiye böyle bir yetkinin tanınmış olması savunma bakımından önemli bir avantaj oluşturmaktadır.[241] Savcıya ve katılan vekiline de tanınan bu yetkinin, taraflarca duruşma sırasında karşılıklı olarak kullanılmasıyla ise muhakemede arzu edilen çelişme iyi bir biçimde sağlanmış olacaktır.

Soru sormanın kapsamı, tanıklara, aleyhte olan tüm açılardan soru sorabilmeyi de kapsar şekilde olmalıdır ki çelişmeli muhakeme özbeöz anlamıyla gerçekleşebilsin. Bu itibarla, sanık, iddia tanıklarına bir soru sorduktan sonra tanığın verdiği yeni bilgilerle başka aleyhte durumlar ortaya çıkarsa bu durumda soru sorma hakkının sanığa yeniden tanınması gerekir.[242] Bu husus da CMK'nın 215. maddesinde *"suç ortağının, tanığın ve bilirkişinin dinlenmesinden... sonra bunlara karşı diyecekleri olup olmadığı... sanığa ve müdafisine sorulur"* denilmek suretiyle güvencelenmiştir.[243]

240 Aynı yönde bk. Centel-Zafer, age., s.531 vd.; Çapraz sorgunun, doğrudan soru sormadan farklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. F. Tom Read, "Çapraz Sorgu", CMK 2 Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005, s.26 vd.
"Çapraz sorgu yöntemi adı verilen, aslında sadece doğrudan soru sorma hakkından ibaret olan ve uygulaması esaslı bir hazırlığı gerektirdiğinden, bazı avukatlar dâhil tatbikatçılar tarafından kullanılmayan bu yöntem, iddia ve savunma faaliyetlerinin daha iyi yapılabilmesi ve maddi gerçeğin daha iyi ortaya çıkması bakımından son derece önemlidir. Aslında bu yöntem, adil yargılanmanın en önemli hususlarındandır." Öztürk-Erdem, age., s.358

241 Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.808

242 Ambos, agm., s.38

243 CMK'nın hükümlerine göre, tanık beyanının tartışılması ve onun beyanlarına karşı savunmanın soru yöneltme yetkisi sadece duruşma bakımından söz konusu olabilir. Çünkü kanuni düzenlemeye göre soruşturma aşaması gizlidir ve bu evrede, örneğin Cumhuriyet savcısı tarafından bir tanığın dinlenmesinde savunmanın dinlemede hazır bulunması ve soru sorması mümkün değildir. Centel-Zafer, age., s.215

Sanığın duruşma sırasında iddia tanıklarına soru sorabilmesi, doğal olarak tanıkların dinlenmesi sırasında onun duruşmada bulunmasını gerektirir. Bu bağlamda, soru sorma hakkı, genel ilke olan ve dördüncü bölümde incelediğimiz hakkaniyete uygun yargılanma hakkı başlığı altında alt başlık olarak ele alınacak duruşmada hazır bulunma hakkıyla yakından ilişkilidir.[244] Ancak makul gerekçelerle duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin getirilen kısıtlamalar, bazen sanığın iddia tanıklarına soru sorabilme imkânını da ortadan kaldırabilmektedir. Bu itibarla, iddia tanıklarına soru sorma hakkını etkilediği oranda, duruşmada hazır bulunma hakkının istisnaları da diğer istisnai hâllerle birlikte aşağıda incelenecektir.

bb. İddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme hakkına ilişkin istisnai hâller

Sanığın, duruşma sırasında iddia tanıklarına soru sorabilmesi, doğal olarak tanıkların dinlenmesi sırasında onun duruşmada bulunmasını gerektirir. Bu bağlamda, soru sorma hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkıyla yakından ilişkilidir. Ancak makul gerekçelerle duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin getirilen kısıtlamalar, bazen sanığın iddia tanıklarına soru sorabilme imkânını da ortadan kaldırabilmektedir. Bununla birlikte tanıkların korunması veya duruşmaya çıkartılamaması gibi nedenlere bağlı olarak başvurulan gizli tanık dinlenmesi veya duyduğunu söyleyen tanık beyanının alınması gibi uygulamalar da sanığın tanıklarla doğrudan yüzleşebilmesine engel olmaktadır. Kural olarak, sanığın her davada kendisi aleyhine beyanda bulunan tanıklara soru sorma hakkı olmalıdır. Bu hakkın, nesnel nedenlere dayanılarak istisnai olarak kısıtlanması ise meşru görülür. Ancak bu nedenlerin her zaman için somut ve meşru nedenler olması gerekir. Yargısal yarar veya suçlarla etkin mücadele nedenlerine genel bir gönderme bu hakkın kısıtlanması bakımından yeterli değildir.[245]

Bu bağlamda, özellik arz eden birtakım nedenlere bağlı olarak, tarafların tanıklar üzerinden eşit koşullarda çelişmesinden feragat edilebilir.[246]

Sanığın duruşma salonunda bulunmasının sakıncalı olması (CMK m. 200), erken alınan tanık beyanlarının duruşma sırasında tekrar alınamaması (CMK m. 211), istinabe veya niyabet yoluyla tanık dinlenmesi (CMK m. 180), gizli belge incelenmesi (CMK m. 125), diğer tanıklar gibi dinlenmeleri kendileri veya devlet açısından tehlike oluşturan tanıkların gizli olarak veya değişik vasıtalar aracılığıyla dinlenmeleri (CMK m. 47, m. 58) bu istisnai durumlara örnek olarak verilebilir.

AİHM de tanıklara soru sorma ve bu bağlamda delillerle doğrudan doğruya temas edebilmeyi, sanıklar bakımından mutlak bir hak olarak görmemektedir. AİHM'ye göre, mahkemeler, kanunun açıkça cevaz verdiği ve muhakemenin selameti açısından gerekli olan hâllerde, tanıklara soru sorma ve delillerle doğrudan temas etme taleplerini reddedebilirler.[247] Ancak bu ret kararı, soruya verilmesi beklenen cevabın maddi gerçeğin ortaya konulması bakımından önem arz edip etmediğinin takdir edilmesi suretiyle verilmelidir. Maddi gerçeğin araştırılması bakımından önemli olduğu açıkça belli olan bir sorunun sorulmasına izin verilmemesi, adil yargılanma hakkının

244 Nitekim tanıklar da dâhil olmak üzere bütün deliller, ilke olarak sanığın hazır bulunduğu, kamuya açık bir duruşmada, bir argümanın gündeme getirilmesine imkân sağlayan bir ortamda ortaya konmalıdır. Reid, age., s.207

245 Grabenwarter, agm., s.237

246 Ladewig, agm., s.97; İnceoğlu, age., s.216

247 Ladewig, agm., s.97

ihlali kapsamında değerlendirilecektir.[248]

cc. Delilin tek bir tanıktan ibaret olmasının tanıkları sorguya çekme hakkı bakımından öngörülen istisnalara etkisi

Yukarıda da incelediğimiz üzere, erken dinleme tutanaklarının okunması veya duyduğunu söyleyen tanıkların dinlenmesine bağlı olarak, sanığa, keyfî sayılabilecek nedenlerle tanıkları sorgulama ve onlarla yüzleşme imkânının tanınmaması, adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, erken dinlenen tanıkların, geçerli bir gerekçe yoksa muhakkak surette duruşma sırasında da tekrar dinlenmesi ve sanığa onlara soru sorabilme imkânının tanınması gereklidir. Ayrıca olayın tek delili bir tanık beyanıysa veya başka delillerin de var olmasına rağmen mahkeme hükmünü temelde tek bir tanık beyanına dayandırıyorsa; bu durumda AİHM söz konusu tanığın ne surette olursa olsun muhakkak duruşmaya getirilmesini ve sanığın onun beyanlarını test etme imkânına sahip olmasını adil yargılanma hakkı bakımından zaruri görmektedir.[249] Eğer bu durumdaki tanık ölmüşse veya başkaca bir nedenle mahkemeye getirilmesi hiçbir şekilde mümkün olmuyorsa, mahkemeden beklenen, başkaca delil araştırmalarına devam etmesi ve yine bir sonuca ulaşamazsa da sanığın beraatine karar vermesidir.[250] Ancak olayda aynı yönde birden fazla tanık veya bir tanık başkaca da belge veya belirti delilleri varsa mahkeme diğer delillerle de olayı bir şekilde aydınlatabiliyorsa, bu durumda zorunlu nedenlerle, sanığa herhangi bir tanığı sorgulama veya onunla yüzleşme imkânının tanınmaması makul karşılanabilmektedir.[251]

Bu bağlamda, CMK'daki düzenlemelere bakıldığında kanundaki istisnalar dışında, tanıkların duruşma sırasında dinlenmemesi ve beyanlarını içeren tutanaklar üzerinden hüküm kurulması, savunma hakkını önemli ölçüde kısıtladığından, bu durum m. 289/1/h'ye göre mutlak bozma sebebi teşkil edecektir. Bu itibarla, istinabe veya niyabet yoluyla dinlenen tanıkların, daha sonra şartların elvermesi hâlinde muhakkak duruşmada tekrar dinlenmesi gerekir.

Tanık beyanının mutlak surette duruşma sırasında alınmasına ilişkin bir hüküm CMK'nın 210. maddesinde bulunmaktadır. *Duruşmada okunamayacak belgeler başlıklı bu maddeye göre; Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez.* Bu hükümden ne anlaşılması gerektiği konusu tam bir netlik arz etmemektedir ve doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu madde hükmü genel olarak tüm tanıklar bakımından bir düzenleme getirmekte ve onların doğrudan doğruya mahkemece dinlenmesini hükme bağlamaktadır. Bu itibarla, maddede geçen, *bir tanığın açıklamalarından ibaret ise* ifadesine dayanarak, hüküm, bir olayın tek delilinin bir tek tanığın beyanı olması hâliyle sınırlı olarak anlaşılmamalıdır. Başka deliller bulunsa bile tanığın mutlaka dinlenmesi gerekir. Bu bağlamda, 211. maddedeki istisnalar, olayın tek tanığı veya birden fazla tanığı olmasına bakılmaksızın tüm tanık delilleri bakımından geçerlidir.[252]

248 İnceoğlu, age., s.216; Schroeder, Fair Trial, s.74

249 Gemalmaz B. agm., s.414 vd.

250 Tanığın sonradan ölmesi veya kaybolması durumunda AİHM'nin tanığın ortaya çıkartılamamasında devletin sorumluluğu bulunup bulunmadığına da dikkat ettiği görülmektedir. Ferrantelli ve Santangelo-İtalya Davası'nda başvuru sahipleri, ölü bir tanığa karşı konulamayacağını ileri sürmüşlerdir. AİHM ise ölümden hükûmetin sorumlu olmadığına ve yerel mahkemenin tanık ifadesinin diğer delillerle doğrulandığına dikkati çekmiştir. Ferrantelli ve Santangelo-İtalya; Başvuru No. 19874/92 Karar tarihi: 07.08.1996 Reid, age., s.211

251 Bk. Schroeder, Fair Trial, s.78, 86

252 Şahin, CMK Gazi Şerhi

Diğer bir görüşe göre ise 210. maddedeki düzenleme, olayın delilinin tek bir tanıktan ibaret olmasına ilişkindir. Bu itibarla tüm tanıklar duruşmada dinlenmelidir ancak olayın tek delili bir tanık ise istisnasız olarak bu tanığın duruşmaya getirilmesi gereklidir. Ölüm vs. gibi nedenlerle olsa bile, bu tek tanık duruşmaya getirilemezse sanık hakkında mahkûmiyet kararı vermek mümkün değildir. Dolayısıyla 211. maddedeki istisnalar, olayın tek delilinin bir tanık olmadığı hâllere ilişkindir. Eğer olayın tek delili bir tanıksa 211. maddedeki istisnalar bu tanık delili bakımından kabul edilemeyecektir.[253] Benzer hükmün yer aldığı CMUK'un 243. maddesinin, bazen Yargıtay tarafından da tek tanığa münhasır şekilde ele alınıp bu ikinci görüşe uygun içtihatlar ortaya konulduğu görülmektedir.[254]

Özellikle söz konusu düzenlemeye ilişkin aynı hükmün CMUK'taki karşılığında yer almamasına rağmen, CMK'daki hükümde yer verilen "mutlaka dinlenir" ifadesi, bu kuralın, tek delilin bir tanık olması hâline münhasır olduğu izlenimi vermektedir. Nitekim "mutlaka" ifadesi, istisnasız anlamı vermektedir. Bu bağlamda 211. maddedeki istisnaların, tek delilin bir tanıktan ibaret olması hâline münhasır olduğu düşünülebilecektir. Bu şekildeki kabul edişin AİHM içtihatlarına da daha uygun olacağı ortadadır. Ancak CMK gerekçesine bakıldığı zaman tasarıda yer alan ve 210. maddeye tekabül eden 217. maddedeki düzenlemenin gerekçesinde kanun koyucunun hiç de bu yönde bir iradesi olmadığı görülmektedir. Nitekim gerekçede bu düzenlemenin delillerin doğrudan doğruyalığını belirtmek üzere yapıldığı ve 219. maddedeki (CMK. m. 211) istisnalar haricinde olayın delili olan bir tanığın duruşmada dinlenmesi zorunluluğunu vurguladığı ifade edilmektedir.[255] Dolayısıyla kanun koyucunun iradesinin, yukarıda belirttiğimiz ilk görüşe uygun olarak oluştuğu anlaşılmaktadır.

Bu konuda AİHM içtihatları ile oldukça uyumlu bir düzenleme, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 8. fıkrasında yapılmıştır.

c. Savunma tanıklarının iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme

Sanığın, iddia makamı ile eşit imkânlara sahip olması bakımından büyük önem arz eden bu hak, sanığın kendi tanıklarının duruşmada dinlenmesini sağlayabilmesine yöneliktir.

Aslında sanık suçsuzluğunu ispat etmek veya lehine olan hususları ortaya koymak bakımından sadece tanık dinletme değil bilakis her türlü delili duruşma sırasında ikame etme hakkına sahiptir.

Ancak ceza muhakemesindeki en önemli delilin tanık olması sebebiyle 3. fıkranın d) bendinde bu hak açıkça belirtilmiştir. Nitekim çoğu uyuşmazlıkta belge

253 Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.834; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, (İstanbul: 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005), s. 419

254 "Mahkeme, kararını, sanıklardan birisinin babasının hazırlıktaki anlatımına dayandırdığına göre, bu tek tanığın CMUK'un 243. maddesi gereğince duruşma sırasında dinlenmesi zorunludur." (1. CD. 3.12.1975; E.3041, K.3848) Erdener Yurtcan, CMUK Şerhi, (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), s.542; Yurtcan, Ceza Yargılaması, s.419
Olayın tek görgü tanığının "dinlenmesinin esası etkilemeyeceği gerekçesiyle duruşmada dinlenmeden hazırlık anlatımının okunmasıyla yetinilmek suretiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır." (4. CD. 19.10.2004; E.2003/11011; K.2004/10182) Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.832

255 CMK. m. 210'un tasarıdaki karşılığı olan 217. maddenin gerekçesi şu şekildedir: "217. maddenin (CMK. m. 210) gerekçesinde de açıklandığı üzere, delillerin hükmü verecek mahkeme önünde ortaya konulması, tartışılması ve irdelenmesi adil yargılanma hakkının temel ereklerindendir. Bu itibarla, duruşmada sanık ve tanığın ifadesine ait tutanakların okunması ile yetinilmesi, ancak zorunlu hâllerde kabul olunabilir, 219. maddede (CMK m. 211) söz konusu olduğu hâllerde olduğu gibi..." Şahin, CMK Gazi Şerhi, s.600

delili bulunmayacak, belirti delilleri de tek başlarına maddi gerçeğe ulaşılmasına yeterli olmayacaktır. Bu bağlamda, kendisiyle ilgili bir cezai uyuşmazlıkta, lehine olan tanıkları yargılama makamı önünde dinletmek, sanık bakımından adil bir yargılamanın en önemli gereklerindendir.

Ancak tıpkı sanığın, iddia makamının tanıklarına soru sorma hakkındaki gibi, kendi tanıklarını yargılama makamı önünde dinletme hakkı da sanık bakımından sınırsız bir hak değildir. AİHM içtihatlarına göre, bazı hâllerde bu hakka ilişkin taleplerin reddi, Sözleşme Hukuku'na aykırılık teşkil etmemektedir. Ret konusundaki takdir yetkisi ise devletlerin adli organlarına aittir. Bu itibarla, söz konusu hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, sadece belirli bir tanığı davet edemediği için değil, maddi gerçeğin ortaya konulabilmesi bakımından söz konusu tanığın dinlenmesinin zorunlu olduğu gerekçesine dayanmalı ve bunu ortaya koymaya çalışmalıdır.[256] Ancak buradan dinlenmeyen tanıkların maddi gerçeğe ulaşma bakımından önem arz ettiğini ortaya koyma yükümlülüğünün de başvuruda bulunan kişide olduğu sonucuna varılmamalıdır.

Çünkü Bricmont-Belçika Kararı'nda da ortaya konulduğu üzere, bir tanığın dinlenmesini reddeden mahkeme, bunun gerekçelerini kararında göstermelidir. Aksi takdirde adil yargılanma hakkını ihlal etmiş olacaktır.[257]

Bugüne kadar Sözleşme organlarının önüne gelen uyuşmazlıklarda tanıkların dinlenmemesi nedeniyle verilen hukuka aykırılık kararlarına pek rastlanmamaktadır. Bilirkişinin dinlenmesine ilişkin bir kararda, Mahkeme, 6. maddenin birinci fıkrasındaki genel ilkeye dayanmış ve 6. maddenin 3. fıkrasının d) bendinin uygulanmasını tartışma dışı bırakmıştır.

Sanığın kendi tanıklarını duruşmada dinletebilmesi CMK'da da teminat altına alınmıştır. CMK. m. 177'ye göre *"Sanık; tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu hususdaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime verir. Bu dilekçe üzerine verilecek karar, kendisine derhâl bildirilir. Sanığın kabul edilen istemleri, Cumhuriyet savcısına da bildirilir."* Görüldüğü üzere duruşma gününden beş gün önce bildirmek kaydıyla sanık da kendi tanıklarının ve bilirkişilerinin duruşmaya çağrılmasını mahkemeden isteyebilecektir. Ancak bu talebi mahkeme kabul etmek zorunda değildir. Eğer mahkeme, muhakeme bakımından söz konusu tanıkların dinlenmesinin önem arz etmediğini düşünüyorsa, söz konusu talebi reddedebilecektir. Ancak bu hâlde de sanığın mahkemenin ret kararına rağmen kendisinin, çağrılması mahkemece reddedilen tanıkları doğrudan duruşmaya getirme hakkı bulunmaktadır. Nitekim CMK. m. 178'e göre *"Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan, o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir."* Görüldüğü üzere madde hükmü "dinlenebilir" değil bilakis "dinlenir" ibaresi ile bitmektedir. Dolayısıyla buradan, sanık, duruşmaya tanıklarını kendisi getirdiği zaman, mahkeme bu tanıkları dinlemek zorundadır anlamı çıkmaktadır.

Son olarak şu hususa da işaret etmek gerekir ki CMK'nın 61. maddesine göre, kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından çağrılan tanıklara tazminat ödenecektir. Ancak aynı maddede sanığın yanında getirdiği tanıklara tazminat

256 İnceoğlu, age., s.216

257 Bricmont-Belçika; Başvuru No. 19857/84 Karar tarihi: 07.07.1989 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir. Gölcüklü, agm., s.217

ödenmesi hususu düzenlenmemiştir. Bu durum, sanığın *savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme* hakkını ihlal edici niteliktedir kanaatindeyiz.[258]

7.3.7. Tercüman Yardımından Faydalanma Hakkı ve Duruşma

Bu hak, yargılamanın yapıldığı dili yeterince bilmeyen sanığın ücretsiz olarak bir tercümandan yararlanmasına ilişkindir ve 6. maddenin 3. fıkrasının e) bendinde güvence altına alınmıştır.[259] Sanığın, yargılamanın yapıldığı dili anlamadığı hâllerde, etkin bir savunma yapabilmesi bir yana, basit bir şekilde kendisini savunması bile imkânsızdır. Nitekim bu durumda olan kişi, kendisi aleyhine söylenenleri anlayamayacak, hakkında yapılan işlemlerden bihaber olacak ve dolayısıyla bunlara karşı da herhangi bir görüş ileri süremeyecektir. Bu itibarla, bu durumdaki sanıklar bakımından savunma hakkının vazgeçilmez bir unsuru olan tercümandan faydalanma hakkının, 6. maddenin 3. fıkrasında açıkça zikredilmesi gereği duyulmuştur. Sanığın yargılamanın yapıldığı dili anlayamaması veya konuşamaması iki nedenle ortaya çıkmaktadır: Birincisi, bir yabancının yargılanmasında olduğu üzere, herhangi bir engeli olmaksızın sanık yargılama dilini bilmiyor olabilir. İkincisi ise sanık sağır veya dilsiz yahut hem sağır hem de dilsizdir ve bu engeline bağlı olarak yargılamanın yapıldığı dili anlamıyor veya konuşamıyordur.[260]

Maddenin lafzına göre bu hak sadece duruşma sırasındaki sanığa tanınacak haklardandır. Ancak AİHM, içtihatları vasıtasıyla bu hakkı da soruşturma evresini kapsar şekilde genişletmiştir. Her ne kadar başlangıçta Komisyon tarafından verilen kararlarda, bu hakkın duruşmaya ilişkin olduğu kabul ediliyorduysa da Mahkeme daha sonra bu görüşü değiştirmiştir.[261] Nitekim davanın bütününü etkileyen dokümanlar ve açıklamalar bakımından soruşturma evresinde de kişinin bir tercüman yardımından faydalanması savunma bakımından büyük önem arz etmektedir.[262]

Bununla birlikte bütün belgelerin çevrilmesi gereksizdir. Önemli olan, şüpheli veya sanığın kendisi hakkındaki iddiaları öğrenmesi ve kendisini savunabilmesi için ona gerekli imkânın tanınmasıdır.[263]

Gerek Türkçe bilmeyenler gerekse sağır veya dilsizler bakımından ücretsiz tercümandan faydalanma hakkı, CMK'nın 202. maddesinde de açıkça güvence altına alınmıştır. Buna göre sanık meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya

258 CMUK'ta, sanığın duruşmaya getirdiği tanığın açıklamaları olayın aydınlatılmasına yardımcı olmuşsa, talep üzerine, mahkeme tarafından tanığın masraflarının devlet hazinesince karşılanmasına karar verilmesi öngörülmüştü (CMUK m. 213/3). Bu hükme yeni kanunda yer verilmemesi yerinde olmamıştır kanaatindeyiz. Aynı yönde bk. Centel-Zafer, age., s.213

259 Biz burada, tercümandan faydalanma hakkı kapsamında, sadece sanığın duruşmada bir tercümandan faydalanmasına ilişkin hakkını ele alacağız. Bunun dışında muhakemenin adil bir şekilde gerçekleştirilmesi için, soruşturma esnasında da şüpheliye yakalama ve gözaltına alma gibi işlemler sırasında bir tercüman atanması gerekir. Bu konuda ayrıca bk. Tezcan, agm., s.197 vd.

260 Sözleşme'de sağır veya dilsizlerin tercüman hakkından faydalanmaları açık bir şekilde güvence altına alınmamıştır. Ancak m. 6/3/e'nin bu kimseleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Zira sağırlık veya dilsizlik gibi fiziki bir engelin yargılama dilini anlamama veya konuşamama durumuna dâhil olduğu aşikârdır. Tezcan-Erdem-Sancaktar, age., s.374

261 Mahkemeye göre, Sözleşme'de yer alan "duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde" ibaresi, sadece tercümandan faydalanma hakkının şartlarını düzenlemekte ise de kapsamını belirlememektedir. Bu itibarla bu hak, soruşturma evresi bakımından da geçerlidir. Burada dikkati çeken önemli bir nokta ise Mahkemenin bu söz konusu kararlarını verirken e) bendine değil de 1. fıkradaki genel ilkeye dayanıyor olmasıdır. Yani soruşturma evresinde de adil yargılanma hakkı bakımından tercümanın gerekli olduğuna genel ilkeden hareketle karar vermiştir. Schroeder, Fair Trial, s.90
Luedicke, Belkacem ve Koç-Almanya; Başvuru No. 6210/73 Karar tarihi: 28.11.1978; Öztürk-Almanya; Başvuru No. 8544/79 Karar tarihi: 21.02.1984

262 Tezcan, agm., s.197

263 Ladewig, agm., s.97-98; Soruşturma evresine ilişkin olarak 6. maddenin a) bendinde düzenlenen ve sanığının anladığı dilde isnattan haberdar edilmesine ilişkin hak da yargılama dilini anlamayan sanığı korumaya yönelik bir diğer önemli haktır. Ambos, agm., s.40

ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir. Engelli olan sanığa da duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır (CMK. m. 202/1,2). Bu hâllerde sanığa bir tercüman tayin edilmesi zorunludur. Sanığın bir müdafisinin bulunması ve bu müdafinin Türkçeye hâkim olması, sanığa bir tercüman atanması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu düzenlemelere aykırı olarak gerektiği şekilde Türkçe konuşamayan veya anlamayan sanığa tercüman atanmaması, mutlak bozma sebebi teşkil edecektir (CMK. m. 289/1/e).[264]

CMK'nın lafzına göre, sanığın, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmesi hâlinde tercüman atanması gerekmemektedir. Ancak bu ifade yerinde değildir. Çünkü önemli olan, sanık veya mağdurun meramını anlatıp anlatmaması değil; Sözleşme'de de belirtildiği üzere duruşmada kullanılan dili anlamaması veya konuşamamasıdır. Bunlar birbirinden farklı kriterlerdir. Bir kişi pekâlâ meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe biliyor olabilir ancak bu, duruşmada kullanılan dilin anlaşılması için yeterli olmayabilir.[265]

AİHS m. 6'nın 3. fıkrasının e) bendi, sanığın ana dilini bilen bir tercüman atanması zorunluluğu getirmemektedir.

Buna karşın sanığın ana dilini bilen bir tercümanın atanması her zaman için daha çok arzu edilen ve adil yargılanma hakkının yerine getirilmesini en üst düzeyde temin eden bir uygulama olacaktır. Ancak özellikle fazla yaygın olmayan diller bakımından ana dilde tercüman tayini her zaman mümkün olmamaktadır. Bu itibarla sanığın ana dilinde olmasa da en azından iyi derecede bildiği başka bir dilde kendisine tercüman atanması, bu bağlamda adil yargılanma hakkının yerine getirilmesini minimum düzeyde temin edecektir.[266]

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır ki o da sanığın anladığı dile ne derecede hâkim olduğunun veya söz konusu dili ne derece bildiğinin tespitine ilişkindir. Bu bağlamda sanığın, tercüman atanırken göz önünde bulundurulacak dilde, kendisine yapılan isnatları doğru şekilde anlayabilmesi ve savunmasını etkin olarak yapabilmesi gereklidir. Yoksa az veya orta derecede bildiği bir dilde sanığa tayin edilecek tercümanın, ona arzulanan şekilde yardım edemeyeceği ve böyle bir tercüman vasıtayla sanığın savunma hakkını gerektiği şekilde kullanamayacağı açıktır. Dolayısıyla bu tür uygulamalar karşısında savunma hakkı önemli derecede kısıtlanacak ve sanığın adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Sanığın bildiği dilin, muhakkak ulusal düzeyde yaygın veya yaşadığı ülke bakımından resmî sayılan bir dil olması gerekli değildir. Nitekim bir ülkede yaşayıp, sadece yerel dillerden birisine hâkim olan ve ülkedeki resmî dil veya dilleri yeterince konuşamayan sanıklar olabilecektir.[267] Bu bağlamda, vatandaşı olduğu ülkenin resmî dilini bildiği hususunda sanık hakkında karine kabul edilmesi hakkaniyete uygun olmaz. Muhakkak surette sanığın bildiği dilin somut olarak tespiti ve buna göre tercüman

264 Keskin, Temyiz, s.132

265 Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.813

266 Ulusal mahkemelerin sanığın duruşma dilini iyi derecede bilip bilmediğini takdir yetkisi vardır. Eğer duruşma sırasında sanığın yargılama dilini anlamadığı veya konuşamadığı açıkça anlaşılıyorsa muhakkak bir tercümanın atanması gereklidir. Bu itibarla AİHM, ulusal mahkemelerin, takdir yetkisini gerektiği şekilde kullanıp kullanmadığını denetleyebilmektedir. Tezcan-Erdem-Sancaktar, age., s.372

267 Belçika Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. maddesinde sanığa bir tercüman atanması zorunluluğu, sadece sanığın yargılama dilini bilmemesi hâline münhasır olarak değil; aynı zamanda o dilin farklı bir şivesine sahip olması hâlini de kapsar şekilde kabul edilmiştir. Tezcan-Erdem-Sancaktar, age., s.372; Nitekim diyalekt farklılıklarının yoğun olduğu ülkelerde, çoğu kez başka bir diyalekt ile konuşanları anlamak mümkün olmamaktadır.

tayini gerekir.[268] Bu konu, Zana-Türkiye Davası'nda AİHM'de ele alınmıştır. Olayda Zana, istinabe yoluyla sorgusunun yapıldığı Aydın Ağır Ceza Mahkemesinde Türkçe bilmesine rağmen Kürtçe olarak savunmasını yapmak istemiştir. Mahkeme ısrarla bu tutumunu sürdüren sanığın savunma hakkından vazgeçtiğine karar vermiştir. AİHM ise sanığın Kürtçe konuşmasının savunma hakkından vazgeçtiği, asıl yargılamayı yapan mahkeme önündeki duruşmalara katılmaktan feragat ettiği şeklinde yorumlanamayacağını kabul ederek, sanığın kendi kendini savunma (m. 6/3/c) ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.[269] AİHM burada tercümandan faydalanma hakkının ihlalinden değil; kendi kendini savunma hakkının ihlalinden mahkûmiyet kararı vermiştir. Dolayısıyla Türkçe konuşup anlayabilen bir kişinin, ana dilinin farklı olduğunu söyleyerek ücretsiz tercüman faydalanması adil yargılanmanın minimum gereklerinden değildir.[270]

Bu kıstaslar göz önünde bulundurularak atanacak tercümanın duruşma boyunca sanığın yanında olması ve savunma bakımından önem arz eden duruşmaya ait tüm hususlardan sanığı haberdar etmesi gerekir. Özellikle sanığın sorgusu ve iddia tanıklarının dinlenmesi sırasında beyanların gerektiği şekilde tercüme edilmesi, savunma bakımından büyük önem arz etmektedir.

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının e) bendinin açık hükmüne göre, tercümandan faydalanan kimseden hiçbir şekilde tercüman ücreti alınamaz ve bu ücret devlet tarafından ödenir.[271] Bu bağlamda, müdafiden faydalanma hakkından farklı olarak sanığın maddi durumunun tercüman ücretini karşılayabilecek kadar güçlü olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur.[272]

Yargılama giderlerini düzenleyen CMK'nın 324. maddesinin 5. fıkrasında da tercüman giderlerinin devlet hazinesince karşılanacağı hükme açıkça bağlanmıştır:

Buna göre, *Türkçe bilmeyen veya engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercüman giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler devlet hazinesince karşılanır.*[273]

---

268 Sanığın, vatandaşı olduğu ülkedeki resmî dili bildiği karine olarak kabul edilemeyeceği gibi, yurt dışında eğitim gören birisinin, her zaman için eğitim gördüğü yabancı dili iyi derecede bildiğinin de karine olarak kabul edilmemesi gerekir. Nitekim bu tür karineler bazen somut duruma uygun olmayabilecektir. Bu nedenle her somut olayda, karineleri göz önünde bulundurmaksızın, sanığın, savunma bakımından gerekli makul düzeyde hangi dili bildiğinin tespiti gerekir.

269 Zana-Türkiye; Başvuru No. 18954/91 Karar tarihi: 25.11.1997 Karar'ın Türkçe çevirisine http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden ulaşılabilir. Reid, age., s.188

270 Özbek, CMK İzmir Şerhi, s.812; Kanaatimizce de tercümandan faydalanma hakkı, sanığın keyfî davranışlarına imkân verecek ölçüde geniş kabul edilmemelidir. Örneğin gerçekten iyi Türkçe konuşamayan ve Kürtçeye hâkim olan birisine tercüman atanması adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Ancak iyi derecede Türkçe konuşmasına rağmen, siyasi veya keyfî nedenlerle konuşmayı reddeden kimseye tercüman atanmasının zorunlu görülmesi maddenin lafzına ve amacına uygun değildir.

271 Ladewig, agm., s.97-98

272 AİHM, tercüman masraflarının sanığa ödetilmesini hem 6. maddeye hem de ayrımcılık yasağı getiren 14. maddeye aykırı bulmaktadır. Mahkemeye göre, kişinin suçlu olduğunun hüküm altına alınmasının, tercüme masraflarına da mahkûm edilmesini gerektirmemesi, anılan masrafların yalnızca yargılamada eşitliği sağlamaya dönük olmasından kaynaklanmaktadır. Tezcan-Erdem-Sancaktar, age., s.369

273 CMUK döneminde, tercüman ücretinin sanıktan alınmayacağına ilişkin bir düzenleme kanunda yer almamaktaydı. Nitekim 765 sayılı TCK'nın 39 ve CMUK'un 407. maddeleri mahkûm olan sanığın istisnasız tüm muhakeme masraflarını ödeyeceğini öngörmekteydiler. Buna ilişkin bir uyuşmazlığın önüne gelmesi üzerine CMK., Anayasa'nın 90. maddesi gereği doğrudan AİHS'nin 6. maddesine dayanarak tercüman ücretinin sanıklardan alınamayacağına hükmetmiştir: "Duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanacağına ilişkin, 'İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi'nin' 6/3-e maddesi, genel kuralı düzenleyen Ceza Yasası ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın yanında istisna hükümdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın, duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle, kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır... Bu itibarla, yargılamada kullanılan dili anlamayan veya sağır dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan çevirmen için ödenecek ücretin; mahkûmiyet hâlinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir." Centel-Zafer, Pratik Kitabı, s.18 vd.

Bununla birlikte 24.01.2013 tarihinde, 6411 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki düzenleme vasıtasıyla, CMK'nın 202. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişikliğe göre, mahkemedeki sorgusu yapılırken ve son sözünü söylerken olmak üzere iki hâlde, sanığın Türkçeyi etkin olarak kullanabilmesine rağmen, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde tercüman vasıtasıyla beyanda bulunmasına olanak tanınmıştır. CMK m. 202/4'te yer alan düzenlemeye göre; *"... sanık; a. İddianamenin okunması b. Esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabilir. Bu durumda tercüme hizmetleri, beşinci fıkra uyarınca oluşturulan listeden, sanığın seçeceği tercüman tarafından yerine getirilir. Bu tercümanın giderleri devlet hazinesince karşılanmaz. Bu imkân, yargılamanın sürüncemede bırakılması amacına yönelik olarak kötüye kullanılamaz."* Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, bu hâlde tercüman ücreti devlet hazinesinden karşılanmayacak, sanık tarafından ödenecektir.

Bu düzenlemeyle kanun koyucu, AİHS'nin tercümandan faydalanmak bakımından sanıklara tanınmasını zorunlu gördüğü minimum haktan daha fazlasını sanıklara tanımıştır. Nitekim AİHS m. 6'da teminat altına alınan haklar, adil yargılanma bakımından kişilere tanınması gereken minimum hakları ifade eder. Taraf devletler isterlerse bu minimum haklardan daha fazlasını egemenlikleri altında bulunan bireylere tanıyabilirler.